

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1063

(Ano XIII)

(18/12/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Direito de preferência de compra de imóvel locado

Categoria: Civil

Marcela de Brito, 07.

ARTIGOS

Jurisprudência defensiva ou deficiência do Recurso Especial?

Leonis de Oliveira Queiroz, 09.

O instituto da multipropriedade e sua função social: existem meios para se alcançar função social no instituto da multipropriedade?

Jefferson Coutrin de Jesus Leite e Ludmila Gomes Diniz, 12.

O legado de Francisco Suárez

Benigno Núñez Novo, 29.

Responsabilidade civil do Notário e do Registrador

Sabrina Backes e André Machado de Souza, 36.

Da abolição à lei antirracismo: a marginalização do negro na sociedade civil brasileira

Ana Laura Benevides Bezerra Diniz Galindo, 48.

Homicídio ou não? A morte por disparo acidental de arma cenográfica sob a perspectiva do direito penal brasileiro

Raphael Dunice Pereira Brito, 61.

Prisão preventiva e o sistema acusatório

Dabda Lorena Soares Sabino, 64.

O dever de pagamento de pensão alimentícia de descendentes para ascendentes e sua irrazoabilidade em casos de abandono afetivo

Ana Clara Meirelles Rossi, 93.

A perícia nos lucros cessantes

Vivian Paula Comisso Machado, 119.

A responsabilidade civil dos transportadores aéreos e as garantias do consumidor nas viagens internacionais nos casos de lesão ao consumidor à luz do entendimento dos tribunais

Vitória Carolina Zimmer Nenevê, 134.

A quebra da cadeia de custódia e as consequências para o Processo Penal

João Alberto Leal de Lima, 157.

Marketing jurídico: uso de redes sociais para publicidade

Bruno Mendonça Freitas, 178.

Os Precedentes Judiciais Formados em IRDR

Daniilo França Falcão Pedrosa, 187.

A luta pela erradicação da discriminação entre homens e mulheres no ambiente do trabalho e políticas de cotas como ações afirmativas

Michel Borges da Silva, 195.

O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e a proteção do patrimônio público ambiental

Renato Duarte Bezerra, 216.

A (in) aplicabilidade do artigo 90-a da Lei 9.099/95 com ênfase na Justiça Militar Estadual

Daniel Carvalho Ribeiro, 244.

Breves considerações sobre a rescisão indireta do contrato de trabalho

Israel Cunha Ferreira, 250.

Sociedade fake: a ética do real e os desafios do mundo digital

Diogo Luiz Teixeira dos Santos, 265.

Os tributos e os serviços de streaming

Pedro Da Silva Santos, 284.

DIREITO DE PREFERÊNCIA DE COMPRA DE IMÓVEL LOCADO

MARCELA DE BRITO: - Advogada do escritório Battaglia & Pedrosa Advogados - www.bpadvogados.com.br - Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Pós-Graduada em Direito e Negócios Imobiliários pela Universidade Damásio, Pós-Graduada - LL.C

O rendimento advindo de locações imobiliárias há anos vem sendo considerado um dos melhores investimentos, já que se trata de uma operação segura que o proprietário mantém seu patrimônio e ainda lucra em cima deles. Contudo, neste novo cenário de incertezas financeiras, com saturação no mercado imobiliário e mudança de hábitos pelas grandes empresas que pagavam até então aluguéis super altos, muitos defensores desta ideia passaram a vender seus imóveis. Mas o que fazer quando ainda há inquilinos com contrato vigente no imóvel?

Se o objetivo for realmente a venda, há que observar neste caso previsão expressa na lei de locações nº8.245/91 sobre o direito de preferência. Este nada mais é do que o direito do locador de adquirir o imóvel locado em igualdade de condições com terceiros, porém com preferência.

MAS COMO FUNCIONA O DIREITO DE PREFERÊNCIA EM CASO DE VENDA?

Ao disponibilizar o imóvel para venda, o locador, então proprietário do bem, deverá notificar formalmente o locatário acerca do fato, indicando nesta notificação as condições do negócio, o preço de venda, formas de pagamento, o prazo para resposta (30 dias) e até mesmo se há algum ônus sobre o imóvel.

Caso haja o interesse por parte do locatário a resposta também deverá ser formalizada por escrito, valendo-se assim do seu direito, sob pena de perda de validade.

Se não for respeitado o direito de preferência, fica aqui um alerta, pois o locador poderá ser acionado judicialmente por perdas e danos ou até mesmo ter seu negócio com terceiro interrompido, já que a lei (artigo 33 da lei de locações) prevê a possibilidade do locador, no prazo de 6 meses, depositar em Juízo o valor e demais despesas referente ao ato de transferência do imóvel, requerendo assim o bem para si.

O direito de preferência decorre de lei, portanto independente de previsão contratual deverá ser respeitado pelo locador. Caso tenha a intenção de venda ou compra do imóvel locado, consulte sempre um advogado especializado, evitando-se assim complicações.

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA OU DEFICIÊNCIA DO RECURSO ESPECIAL?

LEONIS DE OLIVEIRA QUEIROZ:
Conselheiro Suplente do Conselho Penitenciário do Distrito Federal – COPEN/DF, servidor do Superior Tribunal de Justiça (ex-assessor da Presidência), Especialista em Direito Público e Mestrando pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Universidade de Brasília - UNB.

Não são poucas as petições de recurso especial que deixam de ser conhecidas no Superior Tribunal de Justiça em razão da aplicação de óbices sumulares, os quais, têm recebido com certo tom de indignação por parte dos advogados, a pecha de “jurisprudência defensiva”.

O Recurso Especial, quando é admitido na origem, recebe um segundo juízo de admissibilidade realizado pelo STJ, que pode rever e modificar tal decisão, tendo em vista que a ela não se vincula.¹

É exatamente aí onde surge a contenda. Isso porque os advogados acreditam que, uma vez tendo sido admitido na origem o seu recurso especial, ele também ultrapassará o juízo de admissibilidade no âmbito da Corte Superior, e quando esta deixa de conhecê-lo, ou a ele nega provimento com base na aplicação de súmulas, os causídicos entram em desespero.

Ocorre que algumas reflexões devem ser feitas. Não se discorrerá aqui sobre os conceitos de requisitos extrínsecos e intrínsecos do recurso, porque o viés do presente artigo é a objetividade e a praticidade.

A experiência vivenciada no STJ quanto à análise da admissibilidade dos recursos aponta para uma expertise cada vez mais acurada dos analistas processuais e até mesmo dos ministros, que, ao bater os olhos na peça, já conseguem identificar de plano, se ela está apta ou não para ter o mérito analisado.

¹ STJ. Corte Especial. AgInt nos EDcl nos EAREsp 1.600.923/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, publicado no DJe 1/7/2021: “*Está sedimentado na jurisprudência desta Corte o entendimento de que a decisão de admissibilidade ou certidão de tempestividade oriundas do Tribunal a quo não vincula o Superior Tribunal de Justiça, que tem a incumbência indelegável de rever o juízo de admissibilidade do recurso especial, assim submetido a duplo controle*”.

Assim, por se tratar de recurso de fundamentação vinculada às estritas hipóteses do art. 105, III, da Constituição Federal, o expediente exige do advogado um ônus argumentativo que permita ao analista identificar com facilidade o cumprimento dos requisitos de admissibilidade do recurso. Não pode o causídico esperar que a Corte Superior conheça de seu apelo nobre sem que ele tenha levado ao Tribunal de origem o exame da matéria em sede de apelação ou de agravo de instrumento, por exemplo, efetivando assim o necessário prequestionamento, e afastando a aplicação analógica das Súmulas 282 e 356/STF.

Cumprido ressaltar que para que ocorra o prequestionamento, não basta que a parte afirme que redigiu em seu recurso a matéria que deveria ser examinada pelo Tribunal de origem, sendo que, caso a Corte local não se manifeste sobre tal matéria, deve o recorrente opor embargos de declaração para provocar o exame pelo órgão julgador colegiado, e se mesmo assim ele ficar silente, o recorrente deve apontar violação ao art. 1.022, do CPC/2015 em preliminar de seu recurso especial (prequestionamento ficto), sob pena de aplicação da Súmula 211/STJ.

Para afastar a incidência da Súmula 7/STJ, a parte deve demonstrar que a modificação do acórdão recorrido não demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, não sendo suficiente alegar que sua pretensão prescinde de tal reexame, ou que se trata apenas de valoração das provas, sendo antes necessário, apontar-se os dispositivos de lei federal violados (não pode ser norma local, nem violação de súmula), seguidos de necessária conexão dialética entre o teor dos artigos, e os trechos do acórdão recorrido que a eles nega vigência, indicando-se, preferencialmente, jurisprudência do STJ que respalde as suas afirmações. O mesmo se aplica quanto ao óbice da Súmula 5/STJ, que não raras vezes é usado em conjunto com a Súmula 7.

Uma coisa que é básica, mas que muitos advogados ainda se equivocam é quanto ao conceito de decisão de última instância. Tal decisão, para fins de interposição do RESp não pode ser monocrática, sob pena de incidência analógica da Súmula 281/STF. Caso o relator na origem decida monocraticamente a apelação ou agravo de instrumento, o advogado deve interpor o agravo interno para que a questão seja levada ao órgão colegiado, sob pena de não conhecimento do apelo excepcional. Note-se que mesmo “quando o órgão colegiado aprecia Embargos de Declaração opostos contra decisão monocrática, aquele não examina a controvérsia, mas apenas afere a presença ou não de um dos vícios indicados no art. 1.022, I e II, do CPC/2015. Por conseguinte, o fato de existir decisão colegiada não impede a subsequente interposição de agravo interno, este sim, apto a levar ao órgão coletivo o exame da questão controvertida” (AgInt no RESp 1.919.260/PB, Rel. Min. Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Primeira Turma, DJe 24/6/2021).

O RESp deve apontar qual é a sua hipótese de cabimento (alínea do permissivo constitucional em que ele se funda), bem como quais os dispositivos de lei federal que foram violados pelo acórdão recorrido, ainda que ele seja interposto apenas com base em divergência jurisprudencial, sob pena de aplicação analógica da Súmula 284/STF por deficiência de fundamentação. A mesma Súmula se aplica quando a parte, apesar de dizer quais são os artigos violados, não demonstra fundamentadamente em que ponto houve o malferimento. Isso também ocorre quando a divergência jurisprudencial não é demonstrada através de citação de trechos do acórdão recorrido e do julgado paradigma, que em tese, respaldaria o recurso (cotejo analítico). Nesse sentido a jurisprudência do STJ é bem clara, e autoexplicativa, bastando uma simples consulta para saber como se demonstra o dissídio jurisprudencial. A parte deve também citar o repositório oficial de jurisprudência de onde tirou os paradigmas.

Se houver mais de um fundamento no acórdão recorrido, suficiente para mantê-lo, a parte recorrente deverá impugná-lo especificamente, sob pena de aplicação analógica da Súmula 283/STF. Na dúvida, o ideal é impugnar cada fundamento do acórdão. E se o acórdão se funda também em premissa constitucional, como a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais etc., deve a parte interpor Recurso Extraordinário concomitantemente ao Resp, sob pena de incidência da Súmula 126/STJ.

Para evitar a aplicação da Súmula 83/STJ, a parte deve demonstrar que o acórdão recorrido diverge da jurisprudência mais atual e contemporânea da Corte, indicando, inclusive, que o STJ modificou a jurisprudência em que se baseou o acórdão recorrido.

Não há como esgotar-se neste artigo as várias outras peculiaridades da admissibilidade do RESp, e por isso, preferiu-se indicar os principais óbices sumulares que normalmente impedem o exame do seu mérito, indicando-se também algumas maneiras de afastá-los ou evita-los (sem pretensão de tê-las como absolutas).

Destarte o termo “jurisprudência defensiva” não é muito apropriado. Isso porque quem atua em uma Corte Superior deve, para além de arcar com o seu ônus argumentativo, estar atento à regularidade formal do recurso, a fim de que ele ultrapasse o juízo de admissibilidade e tenha o mérito apreciado. O CPC/2015 não desprezou a análise de admissibilidade recursal para que o mérito fosse examinado a qualquer custo.

O INSTITUTO DA MULTIPROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL: EXISTEM MEIOS PARA SE ALCANÇAR FUNÇÃO SOCIAL NO INSTITUTO DA MULTIPROPRIEDADE?

JEFFERSON COUTRIN DE JESUS LEITE:

Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Una- Aimorés/MG; Auxiliar de Cartório II, no cartório 1º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte.

LUDMILA GOMES DINIZ²

(coautora)

EDUARDO RODRIGUES DE MELO SOUSA³

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa examinar o regime de condomínio da multipropriedade, também conhecida como time-sharing, em especial os aspectos gerais advindos da Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018, que incluiu os artigos 1.358-B ao 1.358-U no Código Civil Brasileiro, modificando também a Lei de Registros Públicos. A motivação deste trabalho é a comprovação do exercício da função social através da multipropriedade, esclarecendo a modalidade de condomínio de fração de tempo imobiliário, bem como as características e natureza jurídica. Durante a pesquisa deste tema, iremos apresentar e compreender o conceito e características da multipropriedade, propriedade, direito real e de suas limitações. Do mesmo modo, será abordado sobre a função social de ambos os institutos, para melhor entendimento do tema. Para o trabalho, a metodologia utilizada foi pesquisa subsidiada em doutrinas, artigos científicos, trabalhos acadêmicos, jurisprudências, legislações vigentes e livros de renomados autores, para melhor compreensão e aplicabilidade do preceito constitucional da função social da multipropriedade.

Palavras-chaves: propriedade; multipropriedade; time-sharing; código civil; função social.

ABSTRACT: This paper aims to examine the multi-ownership condominium regime, also known as time-sharing, in particular the general aspects of Law No. 13,777, of December 20, 2018, which included articles 1,358-B to 1,358-U in the Brazilian Civil Code, also

² Estudante de Direito do Centro Universitário UNA - ludmila-diniz@hotmail.com

³ Advogado. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos, Nova Lima (MG), Brasil. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras, Belo Horizonte (MG), Brasil. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima (MG), Brasil. Professor do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNA, Belo Horizonte (MG), Brasil. Professor do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Superior de Advocacia OAB/MG, Belo Horizonte (MG), Brasil. Professor em cursos preparatórios - eduardo.sousa@prof.una.br.

modifying the Public Records Law. This paper's goal is the proof of exercise of the social function through the multi-ownership, enlightening the type of real estate condominium time fraction, as well as the characteristics and legal nature. While researching this topic, we will present and understand the concept and characteristics of timeshares, property, real rights and their limitations. Likewise, the social function of both institutes will be addressed, for a better understanding of the subject. The methodology is based on subsidized doctrines research, scientific articles, academic papers, jurisprudence and current legislations and well renowned authors publications, for a better understanding and applicability of the constitutional precept of the social function of multi-ownership.

Keywords: real estate; property; multi-ownership; timeshares; time-sharing; civil code; social function.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho serão estudados de forma geral os aspectos da propriedade e sua definição, esclarecendo seus poderes e suas restrições, formas de aquisição e perda, demonstrando a mudança de direito absolutista da propriedade antiga e sua concepção moderna de funcionalidade social.

A Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018, incluiu dispositivos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil e à Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973, a Lei de Registros Públicos, implementando o instituto da multipropriedade.

É certo que o direito à propriedade é resguardado pela Constituição, advindo de constituições passadas com longo caminho histórico até os tempos atuais. Tal direito era exercido no passado sem nenhuma restrição, ou seja, o proprietário se valia do bem conforme seu dito agrado. Atualmente, referindo-se como direito fundamental, à propriedade encontra-se enraizada na Constituição da República de 1988, está positivada também no Código Civil de 2002, que, apesar de não conceituar o instituto, define os poderes e as faculdades inerentes ao proprietário.

Porém, o direito à propriedade não é exercido como antes. Os poderes reconhecidos pela Lei, esbarram nos critérios estabelecidos pela norma constitucional, que restringe ao proprietário o uso das suas atribuições. Podemos identificar como maior fator de limitação ao livre uso da propriedade à função social, abarcada pelo artigo 5º, XXIII, da Carta Magna (BRASIL, 1988).

Assim, questiona-se: a multipropriedade, sendo um desdobramento da propriedade, conforme demonstraremos neste artigo, atenderia aos mesmos requisitos constitucionais de função social? De que forma? Este é o objeto central que será discutido em nosso

trabalho, que analisará a propriedade e a multipropriedade sob o viés constitucional da função social e sua execução.

Como bem ensina Venosa (2021, p. 156), ainda que devam ser resguardados os direitos do proprietário, toda propriedade, necessita cumprir com a sua função social.

2. PROPRIEDADE

2.1 Definição de Propriedade

Torna-se necessário para melhor compreensão da função social, esclarecermos o que seria a propriedade do bem imóvel, que se relaciona ao tema deste trabalho.

Tem-se a propriedade como um dos direitos fundamentais e básicos do homem, assim como a vida, liberdade, igualdade e segurança, garantidos constitucionalmente segundo o artigo 5º, caput, da Constituição da República de 1988, bem como os incisos XXII e XXIII que, de forma moderna traz a interpretação da propriedade, sendo sua essência sempre atrelada a função social:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,
garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à
propriedade, nos termos seguintes.
(...)
XXII - é garantido o direito de propriedade;
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Infelizmente, o legislador, no Código Civil de 2002, deixou de conceituar o instituto, restringindo-se apenas à definição dos elementos que irão compor a propriedade, chamados poderes ou faculdades. Tal ausência é criticada pela doutrina no sentido de que ocorre uma limitação ao potencial da propriedade nas formas de atuação do instituto pelas pessoas, uma vez que, por ausência refere-se mais às ações que constituem a propriedade do que seu elemento essencial, que poderia explorar seu uso de forma mais ampla.

Neste sentido, demonstra a crítica de Farias e Rosendal (2010):

No Código Civil em vigor, o art. 1.228 reproduz a ideia mestra da propriedade. Endossamos a crítica formulada por Luiz Roldão de Freitas no sentido de o Código Civil de 2002 - a exemplo do BGB - ter mais uma vez emitido o conceito de propriedade, pois, ao enumerar as faculdades essenciais que integram o domínio - uso,

fruição, e disposição da coisa -, a lei guiou-se menos por um viés científico do que por um singelo critério descritivo da propriedade, através de seus poderes. Isto conduz a soluções pouco exatas, pois aprisionam o direito de propriedade a um tipo de propriedade. De fato, este modelo estático impede que a funcionalização do direito de propriedade possa alcançar as inúmeras manifestações proprietárias que surgem das múltiplas formas de atuação das pessoas sobre as coisas. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 167)

Desta forma, frente a complexidade da conceituação do instituto, podemos entender por propriedade a concentração de atribuições reunidas na pessoa que detém o domínio sobre a coisa.

Também explicam Farias e Rosenvald (2010):

A propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 168)

Isto posto, podemos identificar na propriedade a submissão da coisa em relação ao proprietário, como define Venosa (2021, p. 160) “[...] o direito de propriedade é o direito mais amplo da pessoa em relação à coisa. Esta fica submetida à senhoria do titular, do dominus, do proprietário [...]”.

Nesta mesma linha temos o conceito de propriedade feita por Gomes (2012):

Sua conceituação pode ser feita à luz de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, é de se defini-lo, com Windscheid, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possui. Descritivamente, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei. (RA) À luz do refinamento técnico adotado na parte final do art. 1.228,1 o novo Código Civil acrescentou o detentor como destinatário possível da reivindicação, ao lado do possuidor injusto. Um apuro técnico que já se verificava na doutrina e na prática forense (RA). (ORLANDO GOMES, 2012, p. 103).

Destarte, da caracterização da propriedade como direito real, segundo descreve o art. 1.225, inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002). Importante ressaltarmos as características que se baseiam a propriedade, sendo elas o direito absoluto; a perpetuidade; a exclusividade e a elasticidade.

O direito absoluto está envolto na capacidade do proprietário em definir sua forma de uso ou até mesmo seu não uso, sua capacidade em dispor da maneira que lhe convier, ainda pelo entendimento de que a propriedade enquanto direito real é oponível a todos (*erga omnes*), devendo terceiros respeitar a relação da coisa com o proprietário. Entretanto, esta característica encontra-se cada vez mais mitigada em virtude da interpretação conforme a Constituição, dada a propriedade como função social.

A perpetuidade se dá pela continuidade da propriedade, não se perde nem se extingue mesmo em frente ao tempo, perdura até mesmo além da pessoa do proprietário, sendo passível de sucessão, segundo Gomes (2012, p. 104), “[...] significa-se que tem duração ilimitada”. Lado outro, poderá decair a perpetuidade da propriedade diante da utilização por terceiro, como por exemplo a usucapião.

A exclusividade pode ser entendida como o poder que detém o proprietário de utilizar-se de forma exclusiva do seu bem, impedindo que terceiros o façam. Também explica Gomes (2012, p. 104), “[...] consiste no poder de proibir que terceiros exerçam sobre a coisa qualquer senhorio”. Por esse motivo, diz-se que é um direito exclusivo.

A elasticidade da propriedade condiz na faculdade do proprietário do fracionamento dos poderes inerentes à propriedade, logo, será elástica a propriedade plena (usar, gozar, dispor e reaver), quando não se reunir sob o proprietário todas as faculdades referidas, por exemplo, a instituição de usufruto a terceiro ou até mesmo a constituição de hipoteca ou penhor sobre a coisa, como esclarece Venosa (2021, p. 164), “Esses direitos restringem o âmbito do direito de propriedade. Quando desaparecem, a propriedade volta a ser plena”.

2.2 Poderes inerentes à Propriedade

Conforme dito o Código Civil em vigor, em seu artigo 1.228, caput, define os direitos inerentes à propriedade, quais sejam ao proprietário a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (BRASIL, 2002).

2.2.1 Usar ou utilizar (jus utendi)

O direito de uso consiste na faculdade atribuída ao proprietário, de servir-se da coisa como bem entender e de acordo com a sua necessidade, dando a ela a sua destinação econômica sem alterar sua substância, e o não uso permanece a coisa em seu poder e à sua disposição. Bem salientado por Venosa (2021, p. 161) “Usa de seu terreno o proprietário

que o mantém cercado sem qualquer utilização”, ou seja, a coisa continua servindo o seu titular quando lhe é conveniente, podendo excluir terceiros de igual uso.

2.2.2 Gozar ou usufruir (jus fruendi)

O direito de fruição é a faculdade do proprietário de perceber os frutos (naturais, industriais ou civis) ou explorar economicamente da coisa ou de seus produtos, como por exemplo o dono de uma fazenda de plantação de café, que vende a sua produção e se beneficia dos lucros, ou do proprietário que vai morar fora e aluga seu imóvel para um receber o aluguel.

2.2.3 Dispor (jus abutendi ou jus disponendi)

A faculdade de dispor é o elemento constitutivo do direito de propriedade mais abrangente, exercido pelo proprietário permitindo-o dispor do seu bem, aliená-lo a título oneroso (venda) ou gratuito (doação), dividindo ou gravando de ônus real (penhora, hipoteca, etc.).

Ressalta-se que, neste caso temos exemplo de que a função social da propriedade está sendo amplamente utilizada, quando o proprietário encontra-se instituindo ônus reais sobre o bem, desdobrando a posse por vários institutos reconhecidos pela sociedade, a condição de dispor é permitida apenas ao proprietário do bem, como explica Venosa (2021):

A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui. (VENOSA, 2021, p. 161)

2.2.4 Reivindicar (rei vindicatio)

O direito de reivindicar exterioriza-se na faculdade do proprietário reaver o bem de quem injustamente o detenha ou possua, protegendo a sua propriedade contra o possuidor injusto em virtude do seu direito de sequela, que é exercido por meio de Ação Reivindicatória.

Neste sentido, demonstra Farias e Rosenvald (2010):

[...] a pretensão reivindicatória emerge da lesão ao direito subjetivo de propriedade e traduz o conteúdo jurídico do direito subjetivo. Ou seja, reivindicar consiste justamente na possibilidade de o

proprietário sancionar aquele que possui injustificadamente a coisa, por ter violado o dever genérico de abstenção, prestação negativa que serve de objeto à relação jurídica com a coletividade. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 169)

2.3 Formas de Aquisição da Propriedade de Bem Imóvel

O Código Civil de 2002, sabiamente não elencou de forma consolidada as hipóteses de aquisição de propriedade, como foi feito no código anterior. Isto porque, são inúmeras as formas de aquisição disponíveis no arcabouço jurídico brasileiro.

Contudo, iremos nos conter as formas mais comuns e corriqueiras de aquisição de domínio do bem imóvel, que podem ocorrer por atos inter vivos, a título singular, transmitindo o bem de forma onerosa, como por exemplo a compra e venda. Outra forma seria a permuta, que consiste na troca de um bem por outro e, eventual quantia de complemento caso necessário. Nas transmissões de forma gratuita como exemplo a doação, que é um ato de liberalidade onde proprietário doa o bem a outra pessoa.

A legislação brasileira define que estas transmissões ocorrem pelo registro do negócio jurídico no Cartório de Registro de Imóveis competente, conforme os artigos 1.227 e 1.245, do Código Civil, (BRASIL, 2002), *In verbis*:

Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Existe também a forma de transmissão por mortis causa, que em geral são feitas a título universal, onde transmite-se uma universalidade de bens, contendo todos os direitos reais e obrigações.

Toda matéria relativa a atos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos reais e outros ligados a bens imóveis é regulada também pela Lei 6015/73, (BRASIL, 1973), que traz as formalidades e obrigatoriedades dos Registros Públicos, que define em seu artigo nº 167, suas atribuições para o registro das relações jurídicas.

2.4 Perda da propriedade

Cuida-se, da aplicação do mesmo pensamento sistêmico descrito nas formas de aquisição da propriedade, uma vez que, assim como inúmeras são as formas de aquisição em si, inúmeras serão as formas de perda da propriedade, sendo desnecessária sua

explicação em rol descritivo. Sendo as formas mais comuns de perda da propriedade, as descritas no art. 1.275, do Código Civil, (BRASIL, 2002). Vejamos:

Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

I - por alienação;

II - pela renúncia;

III - por abandono;

IV - por perecimento da coisa;

V - por desapropriação.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

2.5 Função social da propriedade

Ao longo do tempo, o modelo de propriedade sofreu diversas modificações até perfazer a ideia atual de propriedade que temos hoje. Diferentemente da visão antiga, tinha-se uma propriedade absoluta, onde a autonomia privada não sofria restrições nem tinha uma finalidade senão a de satisfazer aquele que detinha seu domínio.

Todavia, com a evolução do pensamento jurídico, pautado nos princípios basilares da Constituição da República vigente, como o da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, dentre outros, (BRASIL, 1988), a propriedade passa ser vista com uma nova roupagem, como aquela que necessita cumprir uma função de primazia na sociedade, que abrange sua utilidade a todos, um interesse maior do que o direito individual em si, que socorria apenas aquele dono da coisa.

Fazendo uma breve disposição histórica, Farias e Rosenvald (2010), apresentam, em sua obra, a síntese feita por Eros Roberto Grau, sobre o tema:

Eros Roberto Grau sintetiza com maestria, o esforço evolutivo da propriedade absoluta para a propriedade-função: “a revanche da Grécia sobre Roma, da Filosofia sobre o Direito: a concepção romana que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônio), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços sua função. (GRAU apud FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 197)

Evidentemente, esta nova concepção foi suplantada ao longo do tempo, e conseqüentemente, para que seja aferida real eficácia, restou à necessidade de criação de mecanismos que limitassem a autonomia da propriedade privada, priorizando o interesse

coletivo, o bem-estar comum, o equilíbrio social e econômico, o acesso à propriedade pela sociedade, de forma a ultrapassar o interesse individual.

Estes mecanismos atuam sobre as faculdades da propriedade, Venosa (2021, p. 162), bem explica que “O direito de propriedade é absoluto dentro do âmbito resguardado pelo ordenamento”. Contudo, o direito de propriedade terá que ser feito dentro dos limites legais, respeitando sua finalidade, ou seja, o bem-estar social, socioambiental, preservando o meio ambiente e atendendo o que preconiza a função social da propriedade, não podendo o seu titular utilizar-se da coisa meramente por disputa, além disso são vedados o abuso e a má utilização do bem, não podendo destruí-la gratuitamente.

A utilização fora dos limites legais constitui exercício irregular do direito, caracterizando abuso de direito, conforme expresso no artigo 187, do Código Civil “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002).

Em sua obra Venosa (2021, p. 164), demonstra exemplos de outras restrições legais impostas pelo legislador: o direito de vizinhança, o usucapião, a servidão, o tombamento, a desapropriação, o perecimento e as paisagens naturais e outros. Há também as restrições de ordem militar, que em casos de urgência e defesa nacional o bem pode ser requisitado às forças armadas, e a requisição do imóvel em períodos eleitorais para sediar as eleições, a propriedade também pode sofrer restrições voluntárias, ou seja, aquelas instituídas não pelo Estado e sim pelo particular, quais sejam: a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a incomunicabilidade em doações e testamentos.

Todos estes exemplos são utilizados para ressaltar o caráter não absoluto da propriedade moderna e a supremacia do princípio da função social que atua como pilar de todos os atos destinados a regular o exercício da propriedade como função, resguardada na Carta Magna sob o artigo 5º, XXIII, também sob o artigo 170, III, que trata da relevância de ordem econômica. Ela também faz uma dicotomia em referenciar os aspectos da função social no imóvel urbano e rural, sob os artigos art. 182 e art. 186. O princípio também reflete na lei infraconstitucional, no artigo 1.228, §1º, do Código Civil, *In verbis*:

Art. 1.228 [..]

§1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. (BRASIL, 2002)

Por fim, o princípio da função social preconiza a interpretação para além de cunho restritivo descrito pela doutrina como repressivos, e sim sob uma mentalidade de incentivo às novas ideias de exercício da propriedade, assim descritas anteriormente. Vejamos a definição feita por Norberto Bobbio sobre a visão da função social, Farias e Rosenvald (2010):

Norberto Bobbio enfrenta a função social pelo viés da passagem do direito repressivo para o direito promocional. Enquanto o direito repressivo procurava sancionar negativamente todo aquele que praticasse uma conduta contrária aos interesses coletivos, o Estado promocional pretende incentivar todas as condutas que sejam coletivamente úteis, mediante a imposição de sanções positivas, capazes de estimular uma atividade, uma obrigação de fazer. (BOBBIO apud FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 199)

3 MULTIPROPRIEDADE

3.1 Definição de multipropriedade

A Lei nº 13.777, de 20 de dezembro de 2018, instituiu na legislação brasileira a multipropriedade, um regime de condomínio diferenciado, que possibilita a utilização de um único bem imóvel por vários condôminos.

Também conhecida como time-sharing, a multipropriedade é conceituada no art. 1.358-C, do Código Civil, In verbis:

Art. 1.358-C. Multipropriedade é o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, à qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada.

Na doutrina, o conceito de Farias e Rosenvald (2010):

[...] na multipropriedade incide uma pluralidade de direitos de igual conteúdo sobre um mesmo imóvel, sendo certo que o direito de fruição será exercitado de forma exclusiva e periódica, na forma estabelecida ao tempo da aquisição. A periodicidade é o traço essencial que confere particularidade a esta propriedade, limitando o seu aproveitamento a intervalos regulares e descontínuos, com início e fim predeterminados. (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 178)

Também discorre sobre o conceito do instituto Venosa (2021)

Multipropriedade de forma genérica é a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua. (VENOSA, 2021, p. 366):

3.2 Aparato histórico da multipropriedade

A doutrina, de forma geral, aponta o nascimento da multipropriedade na Europa, sendo o instituto decorrente de um movimento estratégico econômico com objetivo de auxiliar na reestruturação dos países que se encontravam em um cenário monetário defasado, após a Segunda Guerra Mundial, como nos demonstra Saraiva (2013).

Rodrigues (2010) relata o pontapé inicial na França e Suíça, em meados dos anos sessenta (séc. XX). Segundo Saraiva (2013), vislumbraram no turismo um grande potencial para mobilização de capital nos países, implementando assim a multipropriedade, uma nova forma do exercício da propriedade que possibilitou a junção daqueles que detinham a propriedade em locais estratégicos para o turismo, como donos de hotéis, prédios e agências e aqueles particulares proprietários de imóveis, que não utilizavam o bem durante todo o tempo, ou não possuíam recursos para a sua manutenção e conservação, exercerem a propriedade diferentemente do convencional, fracionando-a com outros condôminos, permitindo sua utilização, de forma exclusiva, por um lapso temporal específico, tanto para auferir lucro, quanto para lazer.

Após o surgimento na Europa o modelo de utilização da propriedade ganha força e se espalha por vários países com nomenclaturas diferentes, porém, com o mesmo intuito, nos explica Venosa (2021):

O sistema utilizado para os imóveis é conhecido como time-sharing nos países de língua inglesa, multipropriedade na França, na Espanha e na Itália, nesta também como proprietà spazio-temporale; como direito real de habitação periódica, em Portugal. A doutrina argentina refere-se à propriedade de tempo compartilhado. (VENOSA, 2021, p. 366)

No Brasil, o início da multipropriedade deu-se por grande interesse de parte da população de classe média e baixa que, necessitava por um lugar de lazer com a família, sendo de costume em temporadas de férias e pausas no labor a busca por lugares diferentes do habitat de costume, como uma casa de verão na praia e sítios.

Diante desta necessidade, assim como na Europa, teve início uma tentativa de proporcionar àqueles que não possuíam condições financeiras suficientes para comprar ou

manter um imóvel destinado ao lazer a capacidade de obter uma fração de tempo deste imóvel, é o que diz Venosa (2021):

O fenômeno social nasceu da procura da classe média por uma residência de férias na praia ou na montanha. Os empresários optaram por um sistema que facilitasse o acesso a essa segunda propriedade a grupo social ao qual não convém ou não pode manter vários imóveis concomitantemente. Busca-se com o time-sharing a democratização do imóvel de férias. A possibilidade se estende tanto a unidades em apartamentos, como em imóveis como construções térreas, casas, em vilas, fazendas ou assemelhados. (VENOSA, 2021, p. 367)

3.3 Legislação

Destarte, a referida Lei nº13.777, de 20 de dezembro de 2018, incluiu os artigos 1.358-B ao 1.358-U no Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, modificando também a Lei de Registros Públicos nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973, nos seus artigos 176, incluindo nº6, no inciso II do §1º, e parágrafos 10, 11 e 12, e artigo 178, incluiu o inciso III.

Vale ressaltar que após positivação da referida lei, a doutrina pacificou o entendimento, com relação à natureza jurídica da multipropriedade, sendo está um direito real, afirmado por Venosa (2021, p. 367): “Trata-se, portanto, de mais um direito real limitado, assim reconhecido por lei”.

Também afirmam Farias e Rosenvald (2017, p. 280) “A multipropriedade imobiliária é direito real. Alguns poderiam insinuar que a legislação é silente neste particular. Porém, sabemos que o atributo da taxatividade os direitos reais não lhes inserem na redoma da tipicidade”.

O mesmo pensamento já vinha sendo disseminado pelo Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial (REsp) 1546165/SP, reiterou como direito real a multipropriedade, sem nenhuma ofensa ao rol do artigo 1.225, do CC/02 (BRASIL, 2002), que elenca os direitos reais.

Importante ressaltarmos algumas características que se baseiam a multipropriedade e que se diferenciam de outras formas de condomínio:

a) Não se extinguirá se todas as ações forem do mesmo titular, não está sujeito a ação de divisão ou extinção de condomínio;

b) O multiproprietário possui a faculdade de usar e gozar com exclusividade da totalidade do imóvel, de suas instalações, mobiliários e equipamentos em seu período de tempo correspondente a sua fração;

c) O imóvel instituído de multipropriedade é indivisível;

d) O interessado poderá adquirir a multipropriedade, sendo o período mínimo 7 (sete) dias indivisíveis, anualmente de tal período, que pode ser seguido ou intercalado, fixo e determinado, ou fluante, ou misto, podendo usar, gozar, dispor e reaver da multipropriedade;

e) Poderá adquirir ao seu critério frações maiores que a quantidade mínima exigida, sendo preservado a isonomia de direitos;

f) A multipropriedade se estabelece por ato entre vivos ou por testamento, com registro imobiliário;

g) O condomínio de multipropriedade possuirá instituição e convenção de condomínio própria e poderá integrar condomínio edilício e podem também coexistir em regime misto, parte multipropriedade, parte edilício;

h) o titular pode ceder sua fração por locação ou comodato;

i) A transferência da multipropriedade prescinde de anuência ou cientificação dos demais proprietários.

Com relação às demais regras existe ainda um grande campo onde paira um abismo legislativo com referência aos direitos e deveres dos condôminos. Contudo, grande parte das nuances serão tratadas de formas analógicas e supletivas aos demais regramentos condominiais já existentes, como a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 e também o Código de Defesa do Consumidor Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Como bem explica Venosa, (2021):

É evidente que sua proximidade analógica permitirá o emprego de certos conceitos, como, por exemplo, o dever do condômino de concorrer na proporção de sua fração ideal no rateio das despesas. O mesmo se diga a respeito dos deveres e direitos emanados da convenção e do regulamento ou regimento interno do empreendimento.

[...] Muitas das disposições que estarão presentes na convenção e regulamento são semelhantes às do condomínio edilício. Em nosso Código Civil Interpretado descemos a minúcias mais amplas. (VENOSA, 2021, p. 370)

3.4 Função social da multipropriedade

Sendo a multipropriedade um desdobramento da propriedade, esta deverá atender a função social, aludida no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição da República.

A multipropriedade pode inclusive ser facilmente traduzida como fruto do pensamento sistêmico de função social, seguindo pela própria definição do instituto que traz em seu conceito ideias de compartilhamento, de coletividade, acessibilidade, capacidade de melhor aproveitamento econômico de um único bem, que se comparado ao modo de definição antiga e absoluta de propriedade mostra-se categoricamente inversa, sendo evidente sua função social.

Ainda que a inserção da lei no ordenamento jurídico brasileiro tenha sido de forma lenta, com a sua promulgação ocasionou-se maior expansão do negócio e desenvolvimento do mercado imobiliário no Brasil.

A utilização de forma alternada do imóvel por vários multiproprietários, possibilita acesso para outras camadas sociais que antes eram impossibilitadas de adquirir devido aos elevados preços e despesas com manutenção e impostos, sendo claro o alcance de sua função social.

Também afirma o status social da multipropriedade os estudos de Rodrigues e Marques (2010):

A multipropriedade chega para acelerar e aumentar esta mesma conquista da função social do imóvel, adicionando-lhe a questão do tempo compartilhado em turnos, satisfazendo e proporcionando um número maior de proprietários do mesmo solo ou imóvel. Isto significa um efeito multiplicador no que concerne ao bem estar, desenvolvimento, justiça social e valorização do trabalho. Sociabiliza-se, assim, o imóvel com muitos proprietários utilizando a mesma base material em variados turnos de tempo. (RODRIGUES; MARQUES, 2010, p. 420).

Neste contexto, podemos identificar outras formas de utilização da multipropriedade, como por exemplo o sistema pool de locação da multipropriedade, é a possibilidade de o multiproprietário disponibilizar sua semana a um operador hoteleiro, ou ao administrador do condomínio que irá convertê-las em diárias para venda.

Outro exemplo seria a intercambiadora de férias, que consiste na entrega da sua semana (fração de tempo) em troca do uso em outro imóvel de sua rede credenciada da intercambiadora, desta forma o multiproprietário não necessariamente se prende no mesmo local.

O impacto do instituto no mercado imobiliário e suas possibilidades, é outro exemplo de alcance da função social assim como explica TEPEDINO (2021):

A nova lei regula, de forma minuciosa, os variados aspectos jurídicos do empreendimento, compatibilizando os interesses dos multiproprietários e do condomínio. Desse modo, trouxe a segurança jurídica necessária para a expansão desse importante produto imobiliário, abrindo a oportunidade para um novo ciclo de desenvolvimento do setor de imóveis para férias. (TEPEDINO, 2021, p. 272)

Consequente, podemos identificar a genialidade do instituto da multipropriedade, sendo inúmeras as formas de alcance da função social, tendo em vista a elasticidade do instituto em propiciar a liberdade patrimonial sob viés de exploração econômica e acesso à coletividade que refletem em muitos benefícios para a sociedade.

5 CONCLUSÃO

Conforme vimos, a função social da propriedade condiz na relevância social que aquele bem possui, se a propriedade sobre o bem está sendo exercida e como decorrência deste exercício está sendo atribuído uma finalidade, está atinge a função social.

Verificamos em nossa pesquisa que, assim como em seu surgimento, a multipropriedade veio para atender uma necessidade social, incentivando o mercado imobiliário, turístico e hoteleiro, aumentando a rotatividade no uso do imóvel.

Neste mesmo pensamento enaltece Ferrari (2019):

Em especial, a multipropriedade imobiliária desempenha sua função social e econômica na medida em que promove a ocupação mais racionalizada do imóvel, aquecendo a economia local e contribuindo diretamente para a geração de empregos e a criação de riqueza. (FERRARI, 2019)

Conclui-se que o uso, de forma contínua e fracionada, dos imóveis em condomínio de multipropriedade permite, além do acesso à moradia e lazer, o proveito econômico do bem e a movimentação de capital, gera o desenvolvimento do comércio regional, que por consequência alavanca o crescimento da economia, o que eleva empregos e reduz a desigualdade, assim a implementação da multipropriedade no ordenamento jurídico brasileiro permitiu o alcance da função social através da destinação socioeconômica moderna.

REFERÊNCIAS

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: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.777**, de 20 de dezembro de 2018. Altera as Leis n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), para dispor sobre o regime jurídico da multipropriedade e seu registro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13777.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. **Lei n. 6.015**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 154165/SP**. Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Embargos de Terceiro. Multipropriedade Imobiliária (Time-Sharing). [...]. Recorrente: Magnos Landmann Consultoria Empresarial LTDA – ME. Recorrido: Condomínio Week Inn. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 26 abr. 2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862806575/recurso-especial-resp-1546165-sp-2014-0308206-1/inteiro-teor-862806585?ref=serp>. Acesso em: 31 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRARI, Carlos Eduardo Peres. **Aspectos relacionados à função social da multipropriedade**. 01 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/307811/aspectos-relacionados-a-funcao-social-da-multipropriedade>. Acesso em 25 set. 2021.

ORLANDO, G. **Direitos Reais**, 21 ed. Ed. Forense: Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2012. 978-85-309-4392-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4392-9/>. Acesso em: 08 mai. de 2021

SARAIVA, Bruno de Sousa. Uma análise jurídica da multipropriedade imobiliária. **Themis Revista da Esmec**, Ceará, ano 1, n. 9, p. 95-113, jan. 2013

STOLZE, P. FILHO, RP. **Novo curso de direito civil 5 - direitos reais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617722/>. Acesso em: 09 mai. 2021

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos de Direito Civil. v. 5 - Direitos Reais**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989613/>. Acesso em: 25 set. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil Comentado**, v. XII, São Paulo: Atlas, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Direitos Reais** – v. 4. São Paulo: Atlas. Grupo GEN, 2021. 9788597027211. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027211/>. Acesso em: 18 set. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos Reais**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZITO, FERNANDO AUGUSTO, **Multipropriedade imobiliária**. Disponível em:

<https://www.sindiconet.com.br/informese/multipropriedade-imobiliaria-colunistas-fernando-augusto-zito>. Acesso em 18 set. 2021.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; MARQUES, Hérika Janayna Bezerra de Menezes Macambira. Notas a respeito da multipropriedade imobiliária como nova modalidade do exercício do direito de propriedade. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 401-423, jul./dez. 2010.

O LEGADO DE FRANCISCO SUÁREZ

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutorando em direitos humanos, direitos sociais e direitos difusos pela Universidad de Salamanca, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba. 4

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise histórica sobre o legado de Francisco Suárez para os direitos humanos e para o direito internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Legado; Francisco; Suárez.

ABSTRACT: This article aims to succinctly make a historical analysis of Francisco Suárez's legacy for human rights and international law.

KEYWORDS: Legacy; Francisco; Suarez.

RESUMEN: Este artículo tiene como objetivo hacer de manera sucinta un análisis histórico del legado de Francisco Suárez para los derechos humanos y el derecho internacional.

PALABRAS CLAVE: Legado; Francisco; Suarez.

INTRODUÇÃO

Francisco Suárez nasceu em Granada, em 5 de janeiro de 1548, numa família de fidalgos com tradição militar, os Suárez de Toledo, parentes da casa dos duques de Alba. Estudou Direito na Universidade de Salamanca (entre 1561 e 1564), abandonando os estudos para ser admitido na Companhia de Jesus (fundada em 1540).

Em 16 de Junho de 1564 foi aceite na Companhia como "Indiferente", isto é, reservando-se os superiores a decisão de este se vir a tornar sacerdote ou irmão laico dado as dúvidas acerca da sua saúde e inteligência. Começou o noviciado em Medina del Campo,

4 E-mail: benignonovo@hotmail.com

sendo poucos meses depois convidado a estudar Filosofia em Salamanca. Aí se viria a revelar como um dos melhores alunos, passando ao estudo da Teologia (1566-70).

Tendo tomado o hábito, em 1571, toda a sua vida virá a ser dedicada ao ensino. Começou nas escolas e universidades de Ávila e Segóvia (1575), passando a Valladolid (1576-80), Roma (1580-85), Alcalá (1585-93), Salamanca (1593-97) e Coimbra (1597-1615).

Na sua passagem por Roma foi próximo do cardeal Belarmino, que fora discípulo de Juan de Mariana, tendo o Papa Gregório XIII assistido ao seu primeiro curso. Em Alcalá de Henares, teve dificuldades com os censores; o dominicano Avendaño e os seus confrades jesuítas Vázquez e Lessius, ao publicar a sua primeira obra, em 1590, *De Incarnatione Verbi*.

Após a sua chegada à Universidade de Coimbra, foi nomeado para a cátedra de Prima de Teologia, e no mesmo ano se editaram as suas *Disputationes metaphysicae*, um extenso e minucioso tratado de ontologia. Doutorou-se na Universidade de Évora. Voltou a Coimbra para ensinar e publicar as obras que lhe valeram a designação de "Doutor Exímio", mestre incontestável da Escolástica seiscentista. Publicou então *De legibus* (Coimbra, 1612) e, a pedido do Papa Pio V, a obra *Defensio fidei catholicae* (Coimbra, 1613).

Defensio fidei (1613) foi uma obra encomendada diretamente pelo Papa em que Suárez defendia a teoria do poder indireto do pontífice nos assuntos temporal, após jubilou-se do ensino, saindo por essa altura de Coimbra para Lisboa. Morreu dois anos depois, ficando os seus restos mortais depositados na capela do altar da Anunciação da Igreja de São Roque, em Lisboa.

Esta pesquisa é bibliográfica e histórica justifica-se pela extrema relevância do legado de Francisco Suárez conhecido por revitalizar a filosofia dos séculos XVI e XVII, e provocar uma ruptura nos modelos teóricos vigentes adequando-os aos novos tempos.



DESENVOLVIMENTO

Francisco Suárez é o intelectual mais importante da Companhia de Jesus. Um filósofo, teólogo e jurista espanhol, conhecido por revitalizar a filosofia dos séculos XVI e XVII, e provocar uma ruptura nos modelos teóricos vigentes adequando-os aos novos tempos. Suárez, junto a nomes como os de Luís de Molina, Domingo de Soto, Francisco de Vitória, Juan de Mariana, Martin de Azpilcueta, José de Aguilar, Diego de Avendaño, José de Acosta, entre outros, é a grande referência da chamada Segunda Escolástica, isto é, aquela investigação filosófica e teológica desenvolvida em torno das universidades ibéricas da época, como Salamanca, Évora, Coimbra, e ibero-americanas, como San Marcos (Lima) e San Antonio Abad del Cusco, que, nos séculos XVI e XVII, revitalizam os saberes que até então eram conduzidos dentro da tradição moldada por Tomás de Aquino, Duns Scotus e outros escolásticos medievais.

Enquanto Suárez é comumente elogiado por sua exposição abrangente, exaustiva e sistemática de mais ou menos todo o conhecimento filosófico até seu tempo, esta abrangência não compromete a profundidade, o poder e a originalidade de suas próprias ideias. Trabalhou em uma grande variedade de campos que vão desde a metafísica, a teoria do conhecimento e a teologia até a filosofia mais prática, incluindo a filosofia política e do direito. Em todas essas áreas, ele fez contribuições cuja influência é tão presente que dificilmente as identificamos. Vale destacar que figuras tão diferentes entre si, histórica e filosoficamente, como Leibniz, Grócio, Pufendorf, Schopenhauer e Heidegger, encontraram motivo para citá-lo como fonte de inspiração e influência.

Suárez enfrenta os problemas concretos da transição entre uma ordem medieval e a moderna, uma ordem política e religiosa particularmente perturbada por debates, conflitos, guerras, tréguas e renovadas hostilidades entre povos europeus, entre confissões cristãs, e em guerras civis marcadas por perseguições dos Tribunais da Inquisição, dos Parlamentos e das Coroas, sem falar dos desafios teóricos decorrentes do contato com o 'Novo Mundo', com todas as diferenças culturais e ideológicas que significou para dentro e para fora da península ibérica. O século XVII encontra instalado na Europa uma desordem política e uma confusão intelectual, porque nem as confissões religiosas, nem as ideologias nacionais conseguiam dar conta desta nova realidade de descobrimentos. Fazem-se necessária uma nova fundamentação filosófica, teológica e política que só a erudição deste jesuíta foi capaz de fazer. A obra de Suárez será a elaboração mais completa e sistemática do seu tempo, e a sua influência foi tal que ainda hoje resulta controvertida.

As principais obras de Francisco Suárez: A primeira publicação foi impressa em 1590 em Alcalá, *Commentariorum ac Disputationum em Tertiam Partem Divi Thomae Tomus Primus*, mais conhecido pelo título *De Verbo Incarnato*. Suárez tenta superar a oposição existente entre escotistas e tomistas em relação à questão da encarnação. Ele concorda com Santo Tomás de Aquino ao revelar que a maioria das passagens das

Escrituras atribui a causa da encarnação de Cristo à vontade de redimir o homem do pecado, mas também acrescenta que a Bíblia considera a encarnação como a manifestação plena da glória divina; sua realização histórica não pode, portanto, depender do pecado do homem.

A Inovação de Suarez é o abandono do comentário por um tratamento científico e pedagógico, que supôs uma verdadeira renovação no trabalho de ensino e pesquisa escolar, e de eco universal até os dias atuais.

De mysteriis vitae Christi (1592) é uma continuação dos comentários de De Incarnatione sobre a terceira parte da Summa Theologiae de Santo Tomás de Aquino, expondo as questões 27 a 59. A intenção de Suárez nesta publicação era dupla: uma acadêmica e outra pastoral, planejada para o benefício dos estudiosos e como um auxílio para aqueles que eram responsáveis pela pregação da palavra de Deus. Dividido em 58 disputas, nas quais as primeiras 33 tratam de questões sistemáticas relacionadas à santidade da Virgem Maria: sua santificação, virgindade, casamento, purificação, mérito, graça, morte e a gloriosa assunção. Como resultado deste trabalho, Suárez foi considerado o fundador de uma mariologia sistemática. Embora Suárez mostre grande respeito por São Tomás, ele não hesita em se opor a algumas questões, como, por exemplo, a preservação de Maria do pecado original através da Imaculada Conceição.

Disputas metafísicas (1595) foram as deficiências encontradas no ensino de teologia que o motivaram a se dedicar à filosofia (prólogo ad lectorem). Ele precisava de uma base metafísica básica em sua visão teológica, o que o fez parar na Tertia pars de la Summa Teológica de Santo Tomás para iniciar um grande projeto. Trabalho de 2.000 páginas, escrito em um ano, em dois volumes. O primeiro deles cobre as disputas 1-37, e o segundo de 38 a 54. Ele trata de: ser, suas propriedades, suas causas, divisão da entidade em infinito e finito, estudo da entidade de Deus infinito, relação de essência e existência em Deus e na criatura, divisão da entidade finita criada, substância e acidentes, entidade da razão. Quase todos os escritores gregos, árabes, patrísticos e escolásticos são citados. Entre os mais citados estão Aristóteles, Tomás de Aquino, Duns Soto e Cajeta. Eles refletem o gênero literário medieval por excelência, chamado quaestio disputata. O esforço de Suárez resultou em uma obra-prima arquitetônica que cobriu todos os campos da metafísica.

Opuscula (1599) A polêmica teológico-filosófica, conhecida por De auxiliis há muito tempo, enfrentou jesuítas e dominicanos, tratou do papel da liberdade humana em relação à graça divina. Para os jesuítas, a doutrina dos dominicanos deixava pouco espaço para a liberdade humana; para os dominicanos, a doutrina jesuíta não fazia justiça à graça divina. Esta polêmica se intensificou de tal forma que o Papa Clemente VIII teve que intervir criando uma comissão, a Congregatio de Auxiliis em 1597 para resolver esta disputa; as conversas foram tão violentas que o próprio Clemente teve que dirigir os debates sem

poder concluí-los em a hora de sua morte. O Papa Paulo V teve que resolver a controvérsia (1607), permitindo que os dominicanos e os jesuítas defendessem suas respectivas posições: que a defesa de cada uma das posições não fosse rotulada de herética.

Francisco Suárez conhecia muito bem essas posições, e especialmente do jesuíta Molina e do dominicano Bañez, de como conciliar predestinação e graça com liberdade. Ele mesmo havia escrito e ensinado sobre esses tópicos. Em 1599, ele publicou 6 tratados de teologia, ou Opuscula. A obra já era conhecida antes de sua publicação pelo general jesuíta Cláudio Aquaviva, Clemente VIII a consultou quando foi publicada em Roma. Ele defende uma modificação da posição de Molina.

Por legibus (1612) obra Tractatus de legibus ac Deo legislatore foi publicada em 1612. De legibus é um tratado abrangente e sistemático sobre a lei e todos os seus derivados: divinos ou eternos, naturais, internacionais e positivos ou humanos. Dividido em 10 livros Suárez explica, em um sentido amplo, que a lei é a norma e a medida dos bons procedimentos que se voltam para o melhor e para longe dos piores. Afasta-se de Tomás de Aquino, no qual a lei (divina, natural ou humana) é sempre uma característica das ideias divinas.

Parte da razão divina e associa a lei à liberdade. A lei eterna pertence aos decretos do livre arbítrio, e toda lei é um efeito da lei eterna, que dirige todas as partes do universo para um bem comum.

O Jus gentium ou lei das nações está a meio caminho entre a lei natural e a lei humana positiva. Distinguir entre direito natural e direito internacional baseado no costume. Os seres humanos têm um caráter social natural, dado por Deus, que inclui a habilidade de fazer leis. Ele refuta a teoria patriarcal de governo e o direito divino dos reis. A autoridade do Estado não é de origem divina, mas humana, portanto, sua natureza é escolhida pelas pessoas envolvidas e seu poder legislativo natural é dado ao governante.

Defensio fidei (1613) foi uma obra encomendada diretamente pelo Papa Paulo V em que Suárez defendia a teoria do poder indireto do pontífice nos assuntos temporal (ao mesmo tempo contrário à ideia de que os reis recebiam sua soberania diretamente de Deus) e considerado legítimo a proteção dos cidadãos contra um príncipe que se tornou tirano. O texto foi queimado publicamente em Londres por ordem de Jacobo I, e também em Paris pelo zelo dos monarquistas galicanos. Dois anos depois de escrever este artigo, aposentou-se como professor em Coimbra. Durante o século XVII, algumas de suas obras apareceram postumamente, entre as quais estão os escritos que tratam da liberdade do homem. O alcance extraordinário de seu pensamento foi mantido vivo por quase dois séculos na maioria das universidades europeias, bem como nos sistemas filosóficos de muitos pensadores importantes.

Francisco de Vitória, um dos mestres da Escola de Salamanca, forneceu grandes contribuições para o advento do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Francisco Suárez também apresentou contribuições neste sentido, pois, para ele, a formação do conceito de comunidade universal “era um postulado objetivo, traduzia uma ordem natural pensada fora do quadro da concepção individualista dos estados, [...] indivíduos tomados isoladamente, desligados de uma ordem mais vasta sem consideração da função que nela deveriam desempenhar” (CALAFATE, 2017, p. 51).

O Direito Natural funciona como a razão sob a qual o Direito das Gentes é construído, ou seja, o “sistema de lei natural universal do *ius gentium* cujas regras podem ser determinadas pelo uso da razão” (ANGHIE, 1996, p. 325). Desse modo, são auto evidentes e comuns a todas as sociedades humanas.

Assim, aduz que “o Direito das Gentes como forma do Direito Positivo tem seu fundamento na vontade humana” (VICENTE, 1952, p. 617), no consenso universal entre os sujeitos. Além disso, tem como fim específico o bem de todos que estão conectados através o gênero humano. Suárez nasce dois anos depois da morte de Vitoria. Por ter vivido um contexto de formação da Europa e nascimento do Estado Moderno, suas teorias são amplamente criticadas por alguns filósofos de matriz tomista. Para eles, o que de fato existe são duas linhas extremas que colocam Vitoria e Suárez em pontos distintos da linha internacionalista espanhola.

Nesse esforço intelectual, os estudos de Tomás de Aquino tiveram profunda relevância na sustentação de uma razão do Estado e da Razão da Humanidade, de forma que estas não se confundissem entre si. Em outras palavras, tal como aduz Suárez, é possível afirmar que não se trataria de uma “lei” das gentes, mas de um “direito” das gentes, não necessariamente positivado.

Para o mestre da Escola de Salamanca, as regras morais são superiores à soberania dos Estados. Em outras palavras: “Se a lei positiva contradiz o direito natural, perdeu sua razão de justiça. É um princípio universal na filosofia política de Francisco de Vitoria” (VICENTE, 1952, p. 626). Por isso, afirmava o bem comum universal e a igualdade natural das soberanias, estando elas sob a égide do Direito Natural e do Direito das Gentes. Contudo, cabe ressaltar o fato de que “dizer que a soberania dos estados é relativa e não absoluta significa que o soberano só tem poder para o que é justo e que para o que é injusto nenhum poder tem” (CALAFATE, 2017, p. 52).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito das gentes, de Francisco Suárez, está na raiz da concepção atual de direitos humanos, o pensamento do jesuíta espanhol promoveu uma verdadeira ruptura com a hegemonia da doutrina de Tomás de Aquino. Esse foi o efeito do pensamento

formulado por Suárez, responsável por novas interpretações dos clássicos adequadas às necessidades históricas.

Suárez inaugura o direito subjetivo, presente no direito moderno. Prova disso é o conceito do direito das gentes (ou dos povos), que consiste num direito transnacional que independe de estar escrito ou não, que é formulado pelas culturas, numa consensualidade progressiva e que deve ser respeitado universalmente. Este direito é, portanto, a raiz de onde brotam os modernos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHIE, Antony. **Francisco de Vitoria and the Colonial Origins of International Law.** *Social & Legal Studies*, [s.l.], vol. 5, no. 3, p. 321-336, Sept. 1996.

CALAFATE, Pedro. **A ideia de comunidade universal em Francisco Suárez.** *IHS – Antiguos Jesuitas en Iberoamérica*, v. 5, n. 2, p. 48-65, 2017.

PLANS, Juan Belda. **La Escuela de Salamanca:** y la renovación de la teología em el siglo XVI. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2000.

VERMEHREN, Luis Valenzuela. **Vitoria, Humanism, and the School of Salamanca in Early Sixteenth-Century Spain:** a heuristic overview. In: *Logos*, 16, 2, Primavera, 2013.

VICENTE, Luciano Pereña. **El concepto del Derecho de Gentes en Francisco de Vitoria.** *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 5, no. 2, p. 603-628, 1952.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO NOTÁRIO E DO REGISTRADOR

SABRINA BACKES: Mestranda em direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabelião de Notas de Ribeirão dos Índios/SP.

ANDRÉ MACHADO DE SOUZA
(COAUTOR)⁵

RESUMO: O presente artigo aborda a responsabilidade civil dos delegatários extrajudiciais à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 842846/SC, a qual definiu a responsabilidade primária do Estado nos casos de responsabilidade civil extracontratual notarial e registral.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Notário e Registrador; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This article addresses the civil responsibility of extrajudicial delegates in light of the decision handed down by the Federal Supreme Court in RE 842846/SC, which defined the State's primary responsibility in cases of notary and registry extra-contractual civil responsibility.

Keywords: Civil Responsibility; Notary and Real Estate Registrar; Federal Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Atividade Notarial e Registral. 3. Responsabilidade Civil Extracontratual. 3.1. Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva. 3.2. Responsabilidade Civil do Notário e Registrador. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a responsabilidade civil do notário e do registrador, tema que sempre gerou acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Tal entrave foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, que, em fevereiro de 2019, no RE 842846/SC, em sede de repercussão geral, uniformizou o entendimento da matéria, possibilitando uma maior previsibilidade quanto ao tema.

⁵ Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Titular do 2º Tabelião de Notas e de Protesto de Presidente Prudente/SP.

2 ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

Façamos uma breve análise do direito notarial e registral, pontuando-se, de forma sucinta, suas principais características.

O direito notarial e registral é um ramo do direito civil que regula as atividades exercidas pelos notários e registradores, bem como os atos praticados nas serventias extrajudiciais. Os serviços notariais e registrais são serviços de organização técnica e administrativa, com a função de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Vitor Frederico Kümpel leciona:

Para tanto, tem-se um conjunto ou sistema, em grande parte das vezes harmônico, de princípios, regras e normas de direito público e privado, que ao fixar uma técnica procedimental, determinam a organização, o funcionamento e a efetividade da atividade notarial em atendimento aos interesses individuais e coletivos, dotados de fé pública. Desse modo, confere-se publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos, tendo como mote secundário a prevenção de litígios e a busca da pacificação social. A autenticidade conferida pela fé pública garante segurança jurídica às relações e, por decorrência lógica, materializa a prevenção de litígios. (KÜMPEL, 2017, p. 137).

A base constitucional da atividade notarial e registral está definida no art. 236 da CF:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (Brasil, 1988).

Conforme previsão do artigo supramencionado, o exercício da atividade se dá em caráter privado, ou seja, a atividade notarial e registral é delegada pelo Poder Público a um particular para exercer uma função pública.

A atividade notarial e registral é uma atividade que tem natureza jurídica de serviço público, porém, é exercida por um particular, o qual receberá a delegação por meio de concurso público de provas e títulos, o qual é realizado pelo Poder Judiciário, com a participação do Ministério Público, da Ordem dos Advogados do Brasil e de um notário e registrador, em todas as suas fases; não podendo nenhuma delegação permanecer vaga, sem a abertura de concurso público, por mais de seis meses.

Nesse sentido, Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra:

Delegar consiste em atribuir atividade própria da administração a um ente privado ou público. Assim, conclui-se, pela análise dos referidos textos, que as atividades notariais e registrais são públicas por excelência, sendo exercidas, contudo, em caráter privado, por particulares investidos na função pública por delegação. Dito de outra forma, hoje predomina o entendimento de que a natureza da atividade é de serviço público, mas sua gestão é particular. (CASSETTARI; SERRA; SERRA, 2020, p. 1).

O Notário ou Registrador é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e registral, podendo ser caracterizada a delegação como uma especial autorização para realizar, explorar e exercer uma atividade própria e ínsita do Estado.

Conforme preleciona E. Gimenez - Arnau etimologicamente *fides* deriva de *facere*. A raiz latina tem um precedente grego *peithein*, que significa convencer, assentir a algo. A expressão fé pública é uma especificação adjetiva pelo substantivo fé. Aquele que tem fé, tem uma convicção, uma crença, uma certeza, uma segurança, uma confiança (E. GIMENEZ-ARNAU, 1976, p. 36).

As atividades notariais e registrais são fiscalizadas pelo Poder Judiciário, ou seja, o notário e registrador não é subordinado ao Poder Judiciário, tampouco servidor público, porém, tem sua atividade fiscalizada pelo Poder Judiciário, por meio de seus órgãos correccionais.

A atividade é regulada pela Lei 8935/1994, também conhecida como Lei dos Notários e Registradores, a qual prevê em seu artigo 3º:

Artigo 3º: "Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é

delegado o exercício da atividade notarial e de registro." (Brasil, 1994).

A Lei 8935/1994 traz várias previsões acerca da atividade notarial e registral, como competências, formas de ingresso, de saída, direitos e deveres, impedimentos, a responsabilidade civil e criminal, dentre outras. É uma lei simples, que traz informações básicas, as quais são aprofundadas em legislações específicas.

Serviço Notarial é a atividade exercida, mediante autorização legislativa, por um agente público para redigir, formalizar e autenticar, com fé pública, instrumentos com aptidão plena para produção de efeitos jurídicos. O Notário fará a qualificação jurídica da vontade das partes, ou seja, compatibilizará a vontade da parte com o ordenamento jurídico.

A Lei 6015/1973, chamada de Lei dos Registros Públicos, traz informações relevantes para a atividade dos Oficiais de Registro, a qual é bastante extensa e trata dos princípios que norteiam a atividade, bem como regulamentações acerca das atividades registrais.

Por sua vez, a Lei 9492/1997 é a lei que trata do Protesto, a qual, assim como a Lei 8935/1994, é uma lei mais enxuta. Insta ressaltar que não existe lei específica do Tabelionato de Notas.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

Antes de adentrar-se no tema específico da responsabilidade civil notarial e registral, serão traçados breves comentários acerca da responsabilidade civil extracontratual, bem como sobre suas espécies.

O Código Civil divide a responsabilidade civil em contratual e extracontratual. A primeira é aquela que advém do descumprimento de um dever que está inserido em uma cláusula de um contrato e está regida pelos artigos 289, 390 e 391, todos do Código Civil, a depender se a obrigação descumprida era de fazer, não fazer. Já a segunda, é a responsabilidade que decorre do descumprimento de um dever que não estava previsto em um contrato, mas sim a violação de um dever previsto na lei.

Nesse sentido, esclarece Flávio Tartuce:

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Nesse sentido, fala-se, respectivamente, em *responsabilidade civil contratual ou negocial* e em *responsabilidade civil extracontratual*, também denominada

responsabilidade civil *aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual. (TARTUCE, 2020, p. 437).

No presente trabalho iremos nos ater à análise da responsabilidade civil extracontratual, a qual também é chamada de responsabilidade civil aquiliana, responsabilidade civil "ex delicto", responsabilidade civil por ato ilícito.

A responsabilidade civil extracontratual está prevista nos artigos 186, 187 e 927, todos do Código Civil.

O art. 186 trata do ato ilícito, o art. 187 trata do abuso de direito, ou seja, situações em que, apesar do ato nascer lícito, torna-se ilícito porque o titular, ao exercer um direito seu, abusou e excedeu os limites impostos pelos fins sociais e econômicos do direito que detinha. Dessa forma, pode-se afirmar que o abuso de direito também se configura como ato ilícito, a diferença está na gênese - o ato ilícito já nasce contrário à lei, enquanto o abuso de direito tem seu início como um direito, um ato lícito e transforma-se em um ato ilícito por abuso do titular no exercício de seu direito. O art. 927 do CC traz a previsão da reparação do dano causado pelo ato ilícito e pelo abuso de direito.

Sobre a natureza jurídica do abuso de direito, podemos citar a lição de Flávio Tartuce:

Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o abuso de direito é um *ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências*, tendo natureza jurídica mista - entre o ato jurídico e o ato ilícito - situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Dessas construções conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como *puro* reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências. (TARTUCE, 2020, p. 441).

Conforme previsão do art. 206, § 3º, V, CC, o prazo prescricional da responsabilidade civil extracontratual é de três anos.

Responsabilidade é uma obrigação assumida em decorrência de uma conduta lícita ou ilícita, a qual gerou um dano, em virtude disso, a responsabilidade civil está diretamente relacionada à ideia de reparação de danos.

A caracterização da responsabilidade civil extracontratual se dará mediante a demonstração de quatro requisitos: 1) a vítima deverá comprovar o ato ilícito, ou seja, demonstrar que o transgressor praticou um ato antijurídico, contrário à lei; 2) a vítima deverá provar que houve um dano e o efetivo prejuízo, já que sem dano não se admite

reparação na esfera da responsabilidade extracontratual; 3) a vítima deverá, também, demonstrar o nexo causal, o que significa dizer que é preciso ser demonstrado que aquele dano decorreu do ato ilícito perpetrado pela conduta do agente; 4) demonstração do nexo de imputação, o qual qualifica a conduta que gerou o dever de reparar, sendo necessário que essa conduta, nos casos de responsabilidade civil subjetiva, seja uma conduta culposa, no sentido *lato sensu*, que abrange tanto o dolo, quanto a negligência, imprudência e imperícia, já nos casos de responsabilidade objetiva, fundada no risco da atividade, como nos casos de relações de consumo, da responsabilidade civil do Estado, não será necessária a aferição da culpa, já que o nexo de imputação é o próprio risco da atividade.

Na responsabilidade civil extracontratual, nos casos de responsabilidade civil subjetiva, não se presume a culpa do agressor, cabendo à vítima fazer a prova dos requisitos supramencionados, surgindo, assim, o dever de o agente reparar o dano.

3.1 Responsabilidade Civil subjetiva e objetiva

Responsabilidade civil trata-se de um dever sucessivo que surge em razão da violação de um dever originário de não causar danos a outrem, ou seja, a máxima do "neminem laedere", o qual quer dizer que, caso seja causado o dano, surgirá o dever sucessivo de repará-lo.

Para o Código Civil, a regra é a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela pautada na culpa. Os pressupostos da responsabilidade civil são: conduta, culpa, nexo de causalidade e dano.

O dever de indenizar poderá surgir tanto de uma conduta lícita quanto ilícita, a primeira exclui a ilicitude, porém não exclui o dever de indenizar.

O art. 187 do CC⁶ prevê o abuso de direito, o qual também é denominado de ilícito objetivo. A doutrina e a jurisprudência destacam que, quando há abuso de direito, a responsabilidade civil será objetiva, ou seja, independentemente da existência de culpa.

Flávio Tartuce, em sua obra, filia-se a essa corrente:

Portanto, de acordo com o entendimento majoritário da doutrina nacional, presente o abuso de direito, a responsabilidade é objetiva, ou independentemente de culpa. Essa é a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I Jornada de Direito Civil* promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com aprovação do Enunciado n. 37 e que tem a seguinte redação: "Art. 187. A responsabilidade civil

⁶Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico. (TARTUCE, 2020, p. 442).

A culpa é elemento da responsabilidade civil subjetiva e não está presente na responsabilidade civil objetiva. A culpa poderá ser leve, média, grave ou gravíssima, porém, todos os graus de culpa geram o dever de indenizar, conforme previsão do art. 944 do CC.⁷

O art. 945 do CC⁸ traz a chamada culpa concorrente, a qual não é causa excludente da responsabilidade civil, mas sim uma causa minorante do valor indenizatório.

O nexo causal é o liame entre a conduta do agente e o resultado danoso, o qual deverá estar presente tanto na responsabilidade civil subjetiva, quanto na responsabilidade civil objetiva.

Para existir a responsabilidade, obrigatoriamente, deverá existir o dano, o qual poderá ser moral, que é a violação de um dos direitos da personalidade; ou patrimonial/material - esse último dividindo-se em danos emergentes, ou seja, a perda no patrimônio já existente e lucros cessantes, que é aquilo que se deixou de ganhar.

A responsabilidade civil objetiva é aquela que independe de culpa, não podendo mais ser considerada uma exceção, já que, atualmente, há um alargamento das hipóteses de incidência desse tipo de responsabilidade. Conforme previsão do art. 927, parágrafo único, CC⁹, haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei dispuser que haverá responsabilidade independentemente de culpa ou quando a atividade desenvolvida pela parte for uma atividade de risco.

São elementos da reponsabilidade civil objetiva a conduta, nexo causal e dano, excluindo-se a culpa.

Analisando-se o parágrafo único do art. 927, pode-se afirmar que o Código Civil adotou a teoria do risco da atividade e não a teoria do risco integral nos casos de responsabilidade objetiva.

⁷Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

⁸Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.

⁹Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme o enunciado 459 da V Jornada de Direito Civil¹⁰ e doutrina dominante, aplica-se a atenuante da culpa concorrente da vítima do art. 945 do CC nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

3.2 Responsabilidade Civil do Notário e Registrador

Conforme já mencionado anteriormente, os serviços Notariais e de Registro estão previstos no art. 236 da CF¹¹. O parágrafo 1º desse artigo menciona que Lei federal disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos Notários e Registradores. Tal matéria está disciplinada no art. 22 da Lei 8935/94:

Art. 22. Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso. (Brasil, 1994).

A responsabilidade civil dos Notários e Registradores sempre foi tema controvertido tanto na doutrina, como na jurisprudência. O artigo supramencionado já sofreu diversas alterações ao longo dos anos, sendo a redação atual do dispositivo legal conferida pela Lei nº 13.286, de 2016.

A redação original do artigo, no momento da promulgação da Lei 8935/1994 era a seguinte: "Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

A redação anterior não era clara quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil dos notários e registradores, se era subjetiva ou objetiva, abrindo espaço para calorosas discussões e opiniões divergentes na doutrina e na jurisprudência.

Os que defendiam a responsabilidade civil objetiva alegavam que a omissão do legislador em mencionar o elemento subjetivo para a caracterização da responsabilidade civil fazia com que essa fosse considerada objetiva. O elemento dolo ou culpa somente fazia sentido para eventual direito de regresso dos notários e registradores em relação a seus prepostos.

¹⁰Enunciado: A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva.

¹¹ Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. (Regulamento)

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

A corrente que defendia a responsabilidade civil subjetiva dos notários e registradores partia da premissa de que eles deveriam ser considerados agentes públicos "lato sensu", na modalidade particulares em colaboração, dessa forma, deveria ser aplicado a eles o regime aplicado ao funcionalismo público, previsto no art. 37, §6º, CF12.

Para sanar a divergência envolvendo o art. 22 da Lei 8935/1994, houve alteração no dispositivo legal em comento, por meio da Lei 13.137/2015, verificando-se a seguinte redação: "Os notários e oficiais de registro, temporários ou permanentes, responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, inclusive pelos relacionados a direitos e encargos trabalhistas, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

Como se verifica, essa nova redação não solucionou o problema da divergência quanto à natureza jurídica da responsabilidade civil dos notários e registradores, não mencionando expressamente se se trata de responsabilidade civil subjetiva ou responsabilidade civil subjetiva, persistindo, assim, a discussão doutrinária e jurisprudencial.

No ano de 2016, foi dada a atual redação ao art. 22 da Lei 8935/1994, por meio da Lei 13.286/2016, a qual prevê de forma expressa a natureza jurídica da responsabilidade civil dos notários e registradores: responsabilidade civil subjetiva. O elemento subjetivo dolo ou culpa está previsto expressamente para a caracterização da responsabilidade dos delegatários.

Felipe Leonardo Rodrigues resume as alterações substanciais que a Lei 13.286/2016 efetivou no art. 22 da Lei 8935/1994:

A Lei n. 13.286/2016 alterou substancialmente os efeitos do art.22 da Lei n. 8.935/94: a) a responsabilidade decorrente da atividade típica do notário passa a ser subjetiva, ou seja, a vítima terá que provar o dolo ou a culpa; b) o prazo de prescrição é de 3 (três) anos a partir da data de lavratura do ato notarial; c) retirou interinos ou designados e interventores de unidades vagas como agentes responsáveis pelos danos causados a terceiros; d) retirou os danos decorrentes de direitos e os encargos trabalhistas, em especial aqueles não contratados pelo notário; e) permanece o direito de

12Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 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.

regresso do notário contra o preposto causador do dano."(CASSETTARI; FERREIRA; RODRIGUES, 2021, p. 23-24).

Com a atual redação do art. 22 da Lei 8935/94, pacificou-se a questão quanto à natureza jurídica dos notários e registradores. Entretanto, ainda persistiam controvérsias acerca da responsabilidade estatal em relação aos danos causados no exercício da atividade extrajudicial. Pode-se citar três principais correntes doutrinárias: aqueles que defendem a responsabilidade estatal primária, outros a responsabilidade estatal subsidiária e, ainda, os defensores da inexistência de responsabilidade estatal.

Os que defendiam a responsabilidade estatal primária, entendiam que os delegatários são agentes públicos e, portanto, deve ser aplicada a responsabilização na forma do art. 37, § 6^a, CF, devendo o Estado responder primeiramente e o agente ser responsabilizado somente subsidiariamente, por meio de ação de regresso, nos casos de dolo ou culpa.

Já os que defendiam que a responsabilidade do Estado era subsidiária, argumentavam que o serviço notarial e registral é um serviço público delegado aos particulares, afastando-se, assim, o Estado da prestação direta do serviço público, contudo, permanecendo responsável subsidiariamente pelos danos causados pelos delegatários do serviço público, já que é o responsável por sua fiscalização.

A corrente que defendia a inexistência de responsabilidade do Estado, afirmava que os notários e registradores exercem o serviço público em caráter privado, por delegação do Poder Público, sendo o serviço transferido de forma integral para os delegatários, afastando-se o Estado de eventual responsabilização.

Em fevereiro de 2019, o STF proferiu decisão referente a essa discussão e, em sede de repercussão geral, fixou a seguinte tese: "Tema 777/STF - tese firmada: "O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa." (RE 842846/SC)13 (MIN. LUIZ FUX).

13EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DANO MATERIAL. ATOS E OMISSÕES DANOSAS DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES. TEMA 777. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DELEGATÁRIO E DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE DANOS CAUSADOS A TERCEIROS POR TABELIÃES E OFICIAIS DE REGISTRO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ART. 236, §1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO PELOS ATOS DE TABELIÃES E REGISTRADORES OFICIAIS QUE, NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, CAUSEM DANOS A TERCEIROS, ASSEGURADO O DIREITO DE REGRESSO CONTRA O RESPONSÁVEL NOS CASOS DE DOLO OU CULPA. POSSIBILIDADE.

Analisando-se a tese, pode-se afirmar que a Suprema Corte adotou a teoria que defende a responsabilidade primitiva do Estado, sendo o delegatário responsabilizado somente em caráter subsidiário, em eventual direito de regresso.

A decisão do Supremo Tribunal Federal refere que os notários e registradores exercem serviço público delegado e o ingresso na atividade notarial e registral se dá por meio de concurso público de provas e títulos e, em razão disso, são verdadeiros agentes públicos "lato sensu", na modalidade particulares em colaboração. Em virtude disso, os mesmos devem responder da mesma forma que os funcionários públicos, devendo-se aplicar o previsto no artigo 37, §6º, CF.

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal não é só benéfica ao notário e ao registrador, mas também é benéfica ao usuário do serviço, já que a responsabilidade do Estado é objetiva, não necessitando, dessa forma, a necessidade de comprovação de culpa ou dolo para a obtenção de indenização. Ademais, a reparação do dano será garantida pelo Estado, o qual possui maiores condições de arcar com valores da indenização, comparado ao notário e registrador, que é pessoa física, com recursos pessoais muito mais limitados.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo dos institutos acima referidos, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal andou bem ao fixar a tese com repercussão geral que determina que a responsabilidade primária, nos casos de eventual dano ao usuário na prestação do serviço notarial e registral, é do Estado. Embora o delegatário do serviço notarial e registral preste um serviço público, ele é um particular, que exerce função pública, devendo sua responsabilidade civil ser subsidiária a do Estado.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Lei n. 8935, de 18 de novembro de 1994. **Diário Oficial da União**. Brasília, 21 de novembro de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

CASSETTARI, Christiano; FERREIRA, Paulo Roberto Galger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. **Tabelionato de Notas**. 4. ed. Editora Foco, v. 3, 2021. 472 p.

CASSETTARI, Christiano; SERRA, Monete Hipólito; SERRA, Márcio Guerra. **Registro de imóveis**. 4. ed. Editora Foco, v. 3, 2020. 440 p.

E. Gimenez-Arnau. **Derecho Notarial**. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1976.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Tratado Notarial e Registral**. 1. ed. São Paulo: YK Editora, v. III, 2017.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO n. 842.846. Relator: MIN. LUIZ FUX. Julgamento em 27 fev. 2019. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504507>. Acesso em: 27 jun. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DA ABOLIÇÃO À LEI ANTIRRACISMO: A MARGINALIZAÇÃO DO NEGRO NA SOCIEDADE CIVIL BRASILEIRA

ANA LAURA BENEVIDES BEZERRA DINIZ GALINDO:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins.

WELLINGTON GOMES MIRANDA¹⁴

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo estudar comparativamente se houve mudanças e real evolução no combate ao racismo na sociedade brasileira sob o aspecto de sua cronologia histórico-social. No estudo, foi utilizada pesquisa bibliográfica tratando dos reflexos e das mudanças na lei brasileira em diferentes épocas, sob o ponto de vista do racismo até os dias atuais. Primeiramente, foram abordados os fatos históricos, começando pela abolição da escravatura no país até chegar nos aspectos legais previstos na Carta Magna Brasileira de 1988. Com o auxílio dessa base de pesquisa foi possível identificar parâmetros que demonstrar até que ponto a sociedade precisa evoluir, para que sejam proporcionados direitos e garantias iguais a todos os cidadãos, sem distinção de cor, raça ou sexo. Ao término do estudo, constatou-se que muitos dos reflexos atuais negativos na população negra do Brasil, tem sua origem numa abolição sem uma estruturação científica e técnica adequada. Neste aspecto, quando realizada uma análise mais aprofundada, conclui-se que muitos dos fenômenos sociais relacionados ao racismo no Brasil, deriva de uma série de erros contínuos dos legisladores e governantes no contexto histórico sendo demonstrada uma dívida histórico-social para com a população negra desde os tempos da abolição da escravatura.

Palavras-chave: Racismo. Marginalização do negro. Sociedade brasileira.

ABSTRACT: This study aims to compare the changes and real evolutions at the fight against racism in Brazilian society under the aspect of its historical-social chronology. In the study, bibliographic research was used processing reflections and changes in Brazilian Law at different times, from the point of view of racism to the currently days. First, historical facts were addressed, starting with the abolition of slavery in the country until reaching the legal

¹⁴Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

aspects provided for in the Brazilian Constitution of 1988. With the support of this research base it was possible to identify parameters that demonstrate in what extent does society need to evolve, in so that equal rights and guarantees are provided to all citizens, without color distinction, race or gender. At the end of the study, it was found that many of current negative reflexes in the black population of Brazil, has its origin in an abolition without an adequate scientific and technical structure. In this respect, when a more in-depth analysis is carried out, it's concluded that many of the social phenomenon related to racism in Brazil, derives from a serial of continuous mistakes of legislators and politicians in the historical context, a historical-social debt to the black population has been demonstrated since the abolition of slavery.

Keywords: Racism. Black Population. Brazilian Society.

INTRODUÇÃO

Diante dos fatos históricos desde à abolição da escravatura até a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 e da Lei nº 7.716/89 - que punem aqueles que cometam qualquer crime de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional - a busca por compreender a dívida histórica do país para com a população negra e os acontecimentos que levaram a nossa sociedade atual a marginalizar essa comunidade se tornou infinda.

A Lei nº 7.716/89 foi uma tentativa de promoção da igualdade entre os indivíduos e objetivou erradicar o preconceito racial contra a pessoa negra, entre outros grupos. As disposições expressas, desde seu artigo 1º, têm em vista garantir a igualdade, sendo que também houveram modificações por meio da Lei nº 9.459/97, nos dispositivos que tipificam o delito de racismo.

Apesar de algumas políticas de inclusão social, que com o passar dos anos se revelaram pouco eficazes e de resultado questionável, o cenário atual é o que pune maior quantidade de pessoas negras em relação à pessoas brancas: são mais de 60% da população de presos do país, de acordo com o site da Câmara Legislativa do Brasil, as quais em sua maioria vivem em zonas periféricas, trabalhando em subempregos.

É possível afirmar que essa marginalização se deu por uma abolição inconclusa, sendo esta, apenas um ato jurídico decorrente da luta dos próprios escravizados com a solidariedade dos chamados abolicionistas em defesa da liberdade e da dignidade humana. Após a assinatura da Lei Áurea, não foi dado nenhum suporte para que aquela população escravizada retomasse à vida com o mínimo de dignidade e, por isso, exista a

mencionada dívida histórica. Assim, tendo por consequência toda uma sociedade de pele escura à margem da sociedade, por sua mera existência.

Segundo a Fundação Cultural Palmares, entidade vinculada ao Ministério da Cidadania, o Brasil recebeu cerca de 40% de todos os africanos deportados às Américas, assim é considerado o maior país da diáspora negra do mundo, com uma população negra ou afrodescendente numericamente superada apenas pela Nigéria.

Os afrodescendentes se constituíram um dos mais importantes componentes na formação do Brasil, dito isso, é notória a injustiça quando se observa a situação das mulheres e homens negros nesta sociedade, cuja as raízes estão manchadas com o sangue derramado de seus ancestrais nos troncos das grandes fazendas de engenho.

2. A ESCRAVIDÃO COMO COMPONENTE DO MODELO ECONÔMICO MONÁRQUICO

Para entender o contexto no qual a escravidão se insere na economia brasileira, é importante traçar uma linha cronológica dos fatos históricos do país durante sua colonização. Em 1500, chega à costa brasileira, Pedro Alvares Cabral, acompanhado de sua esquadra, porém, a primeira atividade econômica é registrada somente três décadas depois, com o estabelecimento das capitanias hereditárias. A partir deste ponto, se inicia o chamado tráfico negreiro em direção ao Brasil, prática esta, que consistia em capturar e confinar negros africanos nos porões dos grandes navios portugueses e espanhóis. Toda a transação era feita no sistema de escambo: trocas de riquezas e negros capturados, entre traficantes e compradores.

Tendo o Brasil-Colônia, primeiramente, a produção açucareira como base da economia, viu-se a necessidade de mão de obra e foi então, em meados do século XVI, que os primeiros africanos escravizados aportaram no nordeste brasileiro para trabalhar, forçadamente, nas grandes fazendas de engenho, as quais possuíam como característica duas construções principais: a casa grande e a senzala. A primeira pertencia ao proprietário da terra, os denominados senhores, já a segunda, onde os escravos eram abrigados de forma precária. O trabalho braçal e exaustivo, consistia em tarefas diárias, sejam elas a produção direta do açúcar, desde colheita à moenda ou afazeres domésticos, função geralmente desempenhada por escravos do sexo feminino. Acredita-se que até o ano de 1580, somente em Pernambuco já haviam cerca de 66 engenhos operados por 2 mil famílias portuguesas. (GOMES, Laurentino. Escravidão. 2019. p. 230)

Sobre a escravidão nas Américas, Laurentino Gomes diz:

Nada foi tão volumoso, organizado, sistemático e prolongado quanto o tráfico negreiro para o Novo Mundo: durou três séculos e meio, promoveu a imigração forçada de milhões de seres humanos, envolveu dois oceanos (Atlântico e Índico), quatro continentes (Europa, África, América e Ásia) e quase todos os países da Europa e reinos africanos, além de árabes e indianos que dele participaram indiretamente (GOMES. 2019. p. 10)

Após essa breve síntese, é possível observar que a escravidão fora inserida na economia da época de duas maneiras, começando onde o negro era tratado como mercadoria pela prática de escambo, com transporte e moradia precários, e terminando no trabalho braçal, exaustivo e desumano.

3. A DISSONÂNCIA POLÍTICA-ECONÔMICA DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

O século XIX, em seu contexto geral, traz acontecimentos importantes para a história do Brasil, que até 1808 era utilizado somente como colônia extrativista por Portugal. Entretanto, o cenário muda com a chegada da família real às Américas, que se deu em função de dois fatores primordiais: a decadência do próprio reinado português, ultrapassado, falido e indefeso e o avanço das tropas de Napoleão Bonaparte frente aquele país, o qual havia infringido o Bloqueio Continental estabelecido pelo imperador francês.

A ideia de vir para o Brasil, surgiu como que para unir o útil ao agradável, era uma terra que além de possuir riquezas naturais, apresentava maiores chances de defesa contra possíveis invasores. Uma das grandes mudanças promovidas por D. João ao atracar, foi a abertura dos portos brasileiros, onde o país passou a ter sua economia voltada para a agroexportação e assim diversificando e fortalecendo seu mercado interno, porém ainda com regime escravocrata.

Para se chegar em meados do século XIX seguindo uma linha temporal, é necessário mencionar, de forma sucinta, os principais acontecimentos históricos da primeira metade.

De acordo com Laurentino Gomes (GOMES, Laurentino. 1808. 2011. p.14):

1816- D. João VI torna-se rei de Brasil e Portugal (...)

1817- Revolução Republicana é sufocada por tropas de D. João em Pernambuco (...)

1820- Revolucionários liberais portugueses tomam o poder na cidade do Porto e exigem a volta de D. João VI à Lisboa (...)

1821- Napoleão morre na Ilha de Santa Helena (...)

D. João VI e família real retornam a Portugal;

1822- Às margens do riacho Ipiranga, em São Paulo, D. Pedro proclama a Independência do Brasil.

A primeira constituição do Brasil foi criada nos dois anos seguintes à sua proclamação de Independência e alguns mais tarde, em 1831, D. Pedro I, diante da insatisfação popular, abdica do trono, dando início ao chamado Período Regencial, o qual consistia no intervalo de transição para que Pedro Alcântara, seu filho, atingisse a maioria e pudesse assumir o trono. Com o caos generalizado conseguinte de anos de um governo difuso, a regência optou pela antecipação da entronização do herdeiro, assim, D. Pedro II é coroado imperador com apenas 14 anos.

Dando início a segunda metade do século XIX, houve a promulgação da Lei Eusébio de Queiroz, a primeira das quatro leis que aboliram de forma gradual a escravidão, proibiu o tráfico negreiro e intensificou a campanha abolicionista.

Concomitante com os avanços político-sociais do império à época, havia o progresso econômico. A Lei nº 556, de 25 de junho de 1850 proferiu o Código Comercial, um importante indicador do mercado financeiro do Brasil. No mesmo ano, em 18 de setembro, a Lei nº 601, popularmente conhecida como Lei de Terras, foi promulgada sendo uma primeira tentativa de regulamentar a desordem fundiária existente. O grande e principal objetivo desta lei, era a compra como único meio de obter terras públicas, extinguindo os sistemas de doação ou posse para converter o terreno em propriedade privada e por consequência a arrecadação de impostos.

Aqueles que não pudessem arcar com as taxas estabelecidas pelo governo, seriam expulsos de suas propriedades, favorecendo os latifundiários, que ao perceberem a eminente abolição da escravatura, necessitavam de mão de obra barata na produção agrícola voltada para a exportação.

O Visconde de Abrantes opinou: *"O preço deve ser elevado para que qualquer proletário que só tenha a força do seu braço para trabalhar não se faça imediatamente proprietário comprando terras por vil preço. Ficando inibido de comprar terras, o trabalhador de necessidade tem de oferecer seu trabalho àquele que tiver capitais para as*

comprar e aproveitar. Assim consegue-se que proprietários e trabalhadores possam ajudar-se mutuamente. ”

(Fonte: Agência Senado)

4. A MONARQUIA BRASILEIRA E O SEU POSICIONAMENTO FRENTE À ESCRAVIDÃO E A RECEPÇÃO SOCIAL-TRABALHISTA DOS ESCRAVOS LIBERTOS

A abolição da escravatura não era um assunto intocado dentro do Império, contudo apesar dos esforços e da pressão social externa para que fosse concluída, a ideia levou mais de meio século para amadurecer. O próprio D. João VI ao saber das cruéis torturas sofridas pelos negros africanos, publicou um Alvará em 1813, com o intuito de “protegê-los”, ainda que sem libertá-los.

D. Pedro I também ficara apreensivo com a grande questão da escravidão, entretanto não a extinguiu repentinamente temendo que o ato resultasse na desorganização da lavoura, com expressivos prejuízos para a economia do país. A emancipação deveria dar-se de forma gradativa, como realmente se sucedeu.

A Inglaterra dispôs de ação determinante quanto à proibição do tráfico negreiro, pois além de possuir interesses econômicos na ação, liderava o movimento antiescravista, tendo este início ainda no século XVIII. Na primeira metade do século XIX, o Império assinou um tratado com o país europeu, criminalizando os súditos caso fizessem tráfico de escravos na costa da África. Todavia, este teve péssimo resultado no Brasil, pois muitos achavam que caso fosse executado, ocasionaria na escassez da mão de obra negra.

Subsequente a este tratado, em 1832, foi promulgado novo decreto que declarava livres os escravos vindos de outro país e penalizava seus respectivos importadores. Porém, o número de escravizados contrabandeados continuará a aumentar chegando a 64 mil no ano de 1844, de acordo com uma comissão mista sediada na capital do Império, Rio de Janeiro. (História do Brasil, VOL. II, Bloch Editores, p. 502).

No ano seguinte, em 1845, o governo inglês aprovou uma lei que futuramente ficaria conhecida como *Bill Aberdeen*, a qual impunha a todos os brasileiros suspeitos de tráfico de africanos que respondessem perante os tribunais ingleses. O Brasil redigiu um protesto oficial repudiando-o e alegando que a lei afrontava a soberania do país. Apesar de sua execução rigorosa, estima-se que de 1846 à 1851 cerca de 200 mil negros escravizados aportaram em terras brasileiras. (História do Brasil, VOL. II, Bloch Editores, p. 502)

O tráfico negreiro só teve seu fim definitivo com a proibição estabelecida pela Lei Eusébio de Queiroz em 1850, que intensificou as campanhas abolicionistas. Sendo D. Pedro II um dos seus adeptos, o governo prometia liberdade aos negros que fossem à Guerra do

Paraguai. Somente em 1871, enquanto o imperador viajava e a princesa Isabel, sua filha, se encontrava na regência, foi sancionada a Lei do Ventre Livre, em que todos os filhos de escravos nascidos a partir daquela data, eram libertos.

Em 1883 foi fundada a Confederação Abolicionista, que obteve apoiantes de diversas classes, um marco histórico na luta pela liberdade. Finalmente, em 13 de maio de 1888, D. Isabel assina a Lei Áurea, alforriando os quase 800 mil escravos que viviam no país à época. O Brasil foi o último das américas a abolir a escravidão. (História do Brasil, VOL. II, Bloch Editores, p. 512)

É de suma importância considerar os movimentos realizados pelos próprios negros com o objetivo de alcançar sua liberdade, muitas vezes esquecidos pelos livros de história. O fim da escravidão não se deu somente pela ação de benevolência do Império. Era consequência de um modelo econômico exaurido e de inúmeras revoltas espalhadas pelo país, cada vez mais frequentes, marcadas por fugas de escravos para os quilombos e territórios já libertos.

A recepção social-trabalhista pós-abolição não ocorreu da maneira que os abolicionistas pretendiam. Passada a excitação dos escravos libertados após a assinatura da Lei Áurea, as quase 800 mil pessoas negras não haviam para onde ir ou sequer condições de trabalho dignas. Não houveram reformas jurisprudenciais para que os ex-escravos pudessem exercer uma função sem que os salários fossem baixíssimos. Assim sendo, muitos optaram por voltar à sua terra natal ou migrar dos locais em que foram escravizados, buscando condições melhores e como consequência, sofriram represálias por parte dos fazendeiros. Apesar da tentativa de mascarar a sombra da escravidão dentro da história do Brasil, professores e historiadores conscientes relataram as atrocidades vividas pelos negros mesmo após sua "libertação". Diante do apanhado feito nos últimos parágrafos, fica claro que o interesse das grandes potências em acabar com a escravidão tinha apenas cunho econômico e por isso foi feito de forma tão irresponsável e perversa.

5. A INSERÇÃO SOCIAL DOS AFRODESCENTES E OS CONTEXTOS URBANOS

As sequelas em razão da maneira que a abolição se deu perpetuam até os dias de hoje. Estatísticas comprovam como é nítida a desigualdade racial nos mais importantes âmbitos da sociedade, sendo eles educação, emprego e moradia e tendo como resultado uma superior taxa de mortalidade de negros em relação a brancos.

A Constituição brasileira nos seus artigos iniciais, abre pretexto para a criação de ações afirmativas que consistem em tratar os desiguais de maneira desigual. Não podendo estas, serem ditas como favorecimento, já que as políticas públicas implementadas visam garantir a equidade considerando o histórico do grupo em questão. No que diz respeito à população negra no Brasil, as consequências de três séculos de escravidão e uma abolição

na qual legislação fora criada por aqueles que os oprimiram, o sistema de cotas por exemplo, se mostra útil no quesito oportunidade. Após sua implementação, diversas famílias afrodescendentes puderam inserir seus membros nas universidades, diplomando o primeiro de no mínimo 3 gerações.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística- IBGE, o rendimento médio domiciliar per capita na população branca, em 2018, supera em quase duas vezes o da população preta ou parda - R\$ 1.846 x R\$ 934, apesar da implantação, em 2003, da política governamental chamada Bolsa Família, a qual visa colaborar com o desenvolvimento das famílias, não se mostra suficiente e eficiente diante do cenário econômico desfavorável em virtude da inflação elevada.

No que tange às condições de moradia, cerca de 44,5% dos pretos residem em domicílios sem saneamento básico, o número entre brancos fica em 27,9%. As periferias existentes no Brasil, em sua maioria, abrigam famílias afrodescendentes que vivem ali desde o período pós-abolição, que com falta de amparo procuraram habitar as margens das cidades, fazendo construções irregulares e colocando as próprias vidas em risco. Na tentativa de amenizar a situação, o governo federal introduziu programas de habitação popular o que beneficiou cerca 14 milhões de pessoas de acordo com os dados divulgados pela Caixa Econômica Federal. Contudo, apesar dos benefícios ligados ao aspecto da moradia, a distância e a dificuldade de mobilidade entre essas novas residências e os centros urbanos onde se encontram as melhores oportunidades de trabalho, demonstram que se trata apenas de uma política habitacional má planejada que não promove o bem-estar social nas comunidades mais desabastadas compostas em sua ampla maioria por pessoas negras.

Já no aspecto trabalhista, historicamente, a taxa de desocupação de negros ultrapassa a de brancos, atingindo seu recorde no segundo trimestre de 2020, com o agravamento da pandemia do COVID-19. O índice de desemprego entre aqueles de cor preta chegou a 17,8%, mais da metade comparado ao branco, que ficou em torno de 10,4%.

Os números exorbitantes na taxa de desocupação se dão pelo baixo índice de escolaridade dos pretos no Brasil. Conforme o IBGE, a taxa de analfabetismo entre os negros de 15 anos ou mais, é excedente ao dobro da taxa de analfabetismo entre os brancos da mesma faixa etária, respectivamente 9,1% e 3,9%. Ainda com a implementação do sistema de cotas, o número de diplomados negros permanece inferior (9,3%) quando comparados aos brancos (22%) e com isso ocupam menos cargos gerenciais: somente 11,9% das pessoas são pretas ou pardas enquanto as brancas alcançaram a proporção de 85,9%.

A violência policial contra negros muito tem sido abordada diante de casos que repercutiram no mundo inteiro, como o de George Floyd, sufocado até a morte por um policial nos estados Unidos e a família carioca fuzilada por militares com 80 tiros “por engano”. Para indicar o índice de violência, os órgãos de pesquisa e estatística utilizam a taxa de homicídio nos países e/ou grupos populacionais, no Brasil por exemplo, a cada 100 pessoas assassinadas 75 são negras. De acordo com o fórum brasileiro de segurança pública, 75,4% dos mortos em intervenções policiais entre 2017 e 2018 eram pretos.

O Brasil é um dos líderes no ranking de massa carcerária no âmbito mundial, segundo o INFOPEN - Informações e Estatísticas do Sistema Penitenciário brasileiro, de 2019, a população carcerária chega aos 773,151 mil no país, sendo 61,7% pretos ou pardos. Tal número pode ser explicado com a soma de todos os fatores que foram citados. A matemática é simples: o jovem negro periférico, vindo de família pobre, sem acesso à educação, muito menos incentivo, se vê sem perspectiva diante da marginalização e do preconceito da sociedade e acaba envolvido atividades ilícitas para adquirir o próprio sustento.

6. O PRECONCEITO RACIAL E ESTRUTURAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA E O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O RACISMO NO BRASIL

O racismo estrutural é uma ideologia que de forma consciente ou não, inferioriza a pessoa negra e advém de anos de estigmatização. A visão do branco como superior é reforçada diariamente, por exemplo, quando as telenovelas retratam os subalternos, motoristas e domésticas e criminosos na figura do negro.

Segundo Silvio Almeida: “De fato, a maioria das domésticas são negras, a maior parte das pessoas encarceradas é negra e as posições de liderança nas empresas e no governo geralmente estão nas mãos de homens brancos. Então não estariam os programas de televisão, as capas de revistas e os currículos escolares somente retratando o que de fato é realidade? Na verdade, o que nos é apresentado não é a realidade, mas uma representação do imaginário social acerca de pessoas negras”. (ALMEIDA, Silvio. Racismo Estrutural. 2019)

A visão racista não se limita somente à dramaturgia. Na vida real, os ataques e falas pejorativas protagonizam o âmbito social, seja com palavras em que o escuro tem conotação negativa ou quando centros de religião de matriz africanas são apedrejados. Os crimes de intolerância praticados contra terreiros umbandistas e candomblecistas representam uma sociedade que renega seu passado e desvaloriza a cultura de seus ancestrais. O Brasil, palco da maior diáspora negra do mundo, com sua população

majoritariamente negra, discrimina a própria cultura ao queimar terreiros e reduzi-los à insignificância.

As diversas formas de manifestação do racismo se dão em hábitos do cotidiano como, por exemplo, ir numa loja fazer compras. Fato ocorrido no caso da delegada negra Ana Paula Barroso, em outubro de 2021, ao ser impedida de permanecer na unidade da loja de vestuário Zara do estado do Ceará, sob a alegação de que não estava fazendo o uso de máscara de forma adequada em virtude da pandemia do COVID-19. A delegada, entretanto, estava consumindo um sorvete e pôde observar que pessoas brancas e sem máscara também se encontravam no local. Após a conclusão do inquérito, se constatou que a abordagem do gerente foi preconceituosa e o mesmo responderá pelo crime de racismo. Outro fato apurado foi de que a loja possuía até um código denominado “Zara Zerou”, que alertava aos funcionários sobre a presença de uma pessoa “suspeita” e deveria ser acompanhada “de perto”. Segundo relatos, os clientes perseguidos normalmente tinham pele “escura” ou estavam “mal vestidos”. (BBC News. 2021)

Os casos que estampam manchetes como no abordado anteriormente, refletem apenas uma minoria dos que, sequer, são registrados. O preconceito velado que perpetua na sociedade, apesar de acontecer a todo momento, não é noticiado em redes sociais ou na grande mídia televisiva. Ele ocorre quando uma pessoa negra, transeunte numa calçada e ao cruzar com outra, aquela passa a segurar sua bolsa com mais firmeza ou mesmo quando um negro é confundido com um traficante pela polícia.

Dentro do ordenamento jurídico, os crimes de racismo e injúria racial são diferenciados da seguinte maneira: o racismo implica na conduta discriminatória de forma ampla e está previsto na Lei nº 7.716 de 1989, onde em seu artigo 1º assevera que “*Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional*”.

Já o crime de injúria racial é associado ao uso de palavras ou gestos depreciativos que se referem à raça ou cor e tem como intenção ofender a honra da vítima, se encontra tipificado no artigo 140 do Código Penal:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

No ano de 2015, o Superior Tribunal de Justiça, diferente do que a doutrina propunha, entendeu que o crime de injúria racial era imprescritível e inafiançável. Três anos depois, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário de número 983.531, validou a decisão do STJ, equiparando o crime de racismo, previsto na Lei nº 7.716/89, ao

de injúria racial, previsto no Código Penal. Sendo assim, constata-se que a injúria racial é um crime imprescritível e inafiançável.

Vale destacar que é fundamental combater qualquer tipo de manifestação que promova a segregação racial, especialmente por meio da conscientização das pessoas de que o preconceito existe e precisa ser discutido para que não seja dada continuidade a essa história de séculos de marginalização. Tem-se assim, portanto, que o fomento a melhores políticas de educação e a promoção do respeito mútuo são instrumentos essenciais no combate à desigualdade racial.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta breve síntese trazida durante este trabalho, foi possível constatar, em um primeiro instante, que a história do negro no Brasil se deu através do sofrimento, desde quando foram retirados à força de suas pátrias mães, transportados de maneira desumana nos porões de grandes naus, muitos mortos e jogados ao mar ainda na travessia. Aqueles que sobreviviam, ao aportarem em terras brasileiras, eram vendidos e forçados a trabalhar a troco de chicotadas e outros infinitos meios de tortura física e psicológica. Possuíam papéis fundamentais na economia da época, em especial a mão de obra gratuita e seu uso como mercadoria. Ainda que “libertados” em 1888, não gozaram de seus mais elementares direitos ou quaisquer benefícios, diante das atrocidades que lhes foram acometidas, haja vista que a abolição teve como principal incentivo a melhoria na economia da época, que se encontrava em declínio. Seguente à abordagem histórica, os dados apanhados comprovam que o Estado, desde a abolição da escravatura, vem agindo de forma omissa e institucionalizando a desigualdade social e racial com políticas mal planejadas que visam apenas o bem-estar econômico dos mais ricos. No tópico subsequente, a atenção midiática aos casos de intolerância religiosa e racismo se mostra útil, trazendo esperanças quanto aos anseios do negro em, simplesmente, ser ouvido. Depois das seculares lutas pelos seus direitos, é possível observar o surgimento de um sistema jurídico que promove a mudança de paradigmas quanto ao combate à discriminação e, mesmo que a passos lentos, a contínua evolução por parte da sociedade é demonstrada por meio de manifestações em favor da representatividade, liberdade e igualdade. Como mulher negra, finalizo este trabalho alimentada pela fé em um mundo onde a cor da pele não se sobressaia ao caráter. Ademais, e em linhas conclusivas, parafraseio ainda Martin Luther King para quem *“O ódio paralisa a vida; o amor a desata. O ódio confunde a vida; o amor a harmoniza. O ódio escurece a vida; o amor a ilumina”*.

REFERÊNCIAS

ACS. Injuria racial. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/injuria-racial> Acesso em: 05 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 581, de 4 de setembro de 1850. Lei Eusébio de Queiroz. CLBR de 1850: fl. 135 v. do Lv. 1º de Leis. Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim581.htm> Acesso em: 28 out. 2021.

CALVI, Pedro. Os oitenta tiros do exército que mataram um pai de família negro; CDHM pede ao governo do Rio de Janeiro os fundamentos jurídicos da ação. Comissão de Direitos Humanos e Minorias, Câmara dos Deputados, Brasília, 09 abr. 2019. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/os-oitenta-tiros-do-exercito-que-mataram-um-pai-de-familia-negro-cdhm-pede-ao-governo-do-rio-de-janeiro-os-fundamentos-juridicos-da-acao>> Acesso em: 31 out. 2021.

CARRANÇA, Thais. Como a escravidão atrasou o processo de industrialização do Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 16 jan. 2021. Atualizado em 18 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55670561>> Acesso em: 28 out. 21.

CROCE, Marcus Antônio. Economia do Brasil no século XIX. Vitória: **Associação Brasileira de Pesquisadores em História Econômica**. 2015. Disponível em: <http://www.abphe.org.br/arquivos/2015_marcus_antonio_croce_a-economia-do-brasil-no-seculo-xix.pdf> Acesso em: 20 out. 2021.

EDITORES, Bloch. **História do Brasil. Vol. I e II**. Rio de Janeiro: Editora Bloch, 1972.

GOMES, Laurentino. Escravidão. São Paulo: **GLOBO LIVROS**, 2019. Vol. I.

GOMES, Laurentino. 1808. São Paulo: **GLOBO LIVROS**, 2014.

GRAGNANI, Juliana. ROSSI, Amanda. A luta esquecida dos negros pelo fim da escravidão no Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 11 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/resources/idt-sh/lutapelaabolicao>> Acesso em: 21 out. 2021.

IBGE. Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil. Rio de Janeiro: **Revista de Estudos e Pesquisas • Informação Demográfica e Socioeconômica**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf> Acesso em: 03 nov. 2021.

INFOGRÁFICO, Violência contra negros e negras no Brasil. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**. Brasília. 2019. Disponível em: <https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/11/infografico-consistencia-negra-2019-FINAL_site.pdf> Acesso em: 30 out. 2021.

INFOPEN, Departamento Penitenciário Nacional: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília. 2019. Disponível em:
<<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>> Acesso em: 05 nov. 2021.

MARTINS, Roberto Borges. A economia escravista de Minas Gerais no século XIX. Belo Horizonte: **CEDEPLAR/UFMG**, 1980. Disponível em:
<<http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD%2010.pdf>> Acesso em: 30 set. 2021.

REDAÇÃO, BBC News. George Floyd: o que aconteceu antes da prisão e como foram seus últimos 30 minutos de vida. BBC News Brasil, São Paulo, 13 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52868252>> Acesso em: 31 out. 2021.

REDAÇÃO, BBC News. Zara acusada de racismo no Ceará: 5 pontos que autoridades ainda precisam esclarecer. BBC News Brasil, São Paulo, 20 out. 2021. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-59005086>> Acesso em: 31 out. 2021.

RIOS, Alan. Religiões de matriz africana são alvos de 59% dos crimes de intolerância. **Correio Braziliense**, Brasília, 11 nov. 2019. Disponível em:
<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/11/11/interna_cidades_df,805394/religioes-de-matriz-africana-alvos-de-59-dos-crimes-de-intolerancia.shtml>
Acesso em: 04 nov. 2021.

WESTIN, Ricardo. Há 170 anos, Lei de Terras oficializou opção do Brasil pelos latifúndios. Brasília: **Senado Federal**. 2020. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/ha-170-anos-lei-de-terras-desprezou-camponeses-e-oficializou-apoio-do-brasil-aos-latifundios>> Acesso em: 28 out. 2021.

HOMICÍDIO OU NÃO? A MORTE POR DISPARO ACIDENTAL DE ARMA CENOGRÁFICA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO

RAPHAEL DUNICE PEREIRA BRITO:

Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2005). Pós-graduado em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Ciências Jurídicas do Planalto Central (2007). Especialização em Investigação Policial pela Universidade Católica de Brasília (2009). Atualmente, é Delegado de Polícia Civil do Estado da Bahia (BA).

Aqueles que se propõem a estudar o direito penal, a todo momento, são chamados a solucionar os mais diversos casos, tendo em vista o farto material a que tem acesso através do noticiário, *facebook*, *instagram*, conversa com os vizinhos, etc.

Os entusiastas da matéria sabem as dificuldades encontradas na busca de tipificações adequadas, com um olhar técnico e imparcial. Contudo, o incauto poderá tentar responder às questões com brevidade, sem que seja feita uma análise aprofundada e ainda assim definir com “propriedade” o que é o certo ou errado, ainda que o tema seja revoltado e digno de infundáveis discussões.

De mais a mais, toda forma de estímulo à análise mental de celeumas jurídicas é sempre importante para o amadurecimento de ideias e pontos de vista, já que, na maioria das vezes, não existem fórmulas fechadas para a correta interpretação. Conforme Samuel Sales Fonteles (2021, p.22), “(...) hoje se prevalece amplamente que o intérprete empresta sentido à norma interpretada”. Ou seja, para uma mesma norma jurídica poderiam se ter as mais diversas compreensões ou significados.

Dito isso, passa-se à análise do acidente envolvendo o ator norte-americano Alec Baldwin, que disparou uma arma cenográfica, matando uma mulher e deixando um ferido no set do filme “Rust”, em 21/10/2021, no estado do Novo México. As investigações ainda não foram concluídas, mas a análise que se segue consistirá nas notícias iniciais repassadas pela imprensa.

De acordo com o divulgado até o momento, o ator Alec Baldwin, utilizando uma arma cenográfica que fazia parte das filmagens, efetuou disparos que acertaram dois colegas; a diretora de fotografia, Halyna Hutchins, que veio a óbito, e o diretor Joel Souza, que ficou lesionado, mas já recebeu alta do hospital.

Desta forma, a presente análise parte da premissa que o instrumento utilizado por Baldwin não tinha a nocividade que teria uma arma de fogo real, pois, como dito, era uma arma cenográfica, que, por vezes, dispara “balas de festim”. A chamada “bala de festim”, diversamente de uma munição convencional, não tem um projétil (ou seja, uma ponta); todavia, a convencional é dotada de espoleta, estojo, a carga de propelente (pólvora) e o projétil. A utilização da munição cenográfica é justamente para dar ao telespectador aquela sensação de realidade, pois ao ser disparada se terá um efeito visual da explosão e o barulho, semelhantes aos da arma de fogo com munição real. Sob essa perspectiva, Baldwin não teria a noção de que manuseava uma arma apta a ferir, acreditando que se tratava de um instrumento inócuo.

Caso a tipificação desse fato fosse feita à luz do direito brasileiro, estar-se-ia diante de um caso de erro provocado por terceiro e não de erro de tipo ou mesmo dolo direto, como veremos.

O erro de tipo é aquele previsto no art. 20, *caput*, do Código Penal (CP), que prevê que o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Nesta modalidade de erro, o agente não tem a exata compreensão da realidade ou tem um falso conhecimento de determinado objeto, de modo que sua conduta, apesar de dolosa, poderá ou não ser escusável, a depender se o ato provém de sua culpa ou não, partindo-se do pressuposto do homem médio. Ou seja, a análise dependerá do caso concreto para se descobrir em qual espécie o agente irá incidir.

Importante se fazer uma ressalva, pois, de acordo com Rogério Sanches (2020), enquanto a corrente tradicional invoca a figura do “homem médio”, uma corrente mais moderna irá trabalhar com as circunstâncias do caso concreto, já que o grau de instrução, idade do agente, momento e local do crime podem interferir na previsibilidade ou não do agente.

A título de exemplo do instituto erro de tipo, Cleber Masson (2017) faz referência ao salva-vidas que avista um banhista se debatendo em águas rasas de uma praia e, imaginando que não estava se afogando, nada faz. Ocorre que, posteriormente, tal banhista é retirado morto do mar.

De outro lado, há o erro provocado por terceiro, previsto no art. 20, §2º, do CP, que preceitua que responde pelo crime o terceiro que determina o erro. Aqui, o erro é determinado por outrem, por uma terceira pessoa, de forma que este é quem responderá pelo crime praticado, pois quem pratica o crime (provocado) tem uma falsa percepção da realidade no tocante aos elementos constitutivos do tipo penal (MASSON, 2017).

O agente causador do erro (provocador) será o autor mediato do crime, já o agente provocado (aquele que diretamente praticou o crime) é o autor imediato, que não responderá por crime algum, salvo tenha agido com dolo ou culpa, hipótese que também ensejará sua responsabilização.

Assim, moldando-se o caso concreto apresentado ao ordenamento jurídico brasileiro, temos que a conduta do ator americano será enquadrada como a de agente provocado, ou seja, foi levado a erro pelo agente provocador, que é aquela pessoa que será objeto da investigação, que incorreu em culpa ou em dolo.

Então, percebe-se que Alec não se equivocou espontaneamente em relação ao disparo, pois a conduta do terceiro (aquele que preparou a arma cenográfica) foi preponderante para o resultado naturalístico. Por outro lado, não há, nas matérias jornalísticas, relatos de que o ator tivesse agido com dolo direto, ou seja, aquele voltado para matar seus colegas, o *animus necandi*, descartando-se essa hipótese.

Portanto, sob a perspectiva do direito penal brasileiro, provado o dolo do agente provocador ele seria punido pelo homicídio doloso em concurso com a tentativa. Já Baldwin não responderia por qualquer crime, salvo se ficasse provada sua voluntariedade naquele evento (poderia ter percebido que a arma estava carregada?), hipótese em que poderia responder a título de culpa ou dolo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120) – 8. Ed. ver. Ampl. e atual. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020. 276 p.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPODIVM, 2021. 22 p.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral – vol. 1. – 11ª rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PRISÃO PREVENTIVA E O SISTEMA ACUSATÓRIO

DABDA LORENA SOARES SABINO:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.
15

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ¹⁶

(orientador)

RESUMO: A liberdade é regra dentro do ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, há previsão de situações em que esse direito constitucional é mitigado. Todavia, essas exceções, denominadas medidas cautelares, devem ocorrer em situações específicas e de acordo com toda legislação pertinente, em especial a nossa Constituição. Neste sentido, esta pesquisa apresenta um estudo sobre os reflexos do sistema acusatório na Prisão Preventiva, a exemplo da impossibilidade de decretação da prisão preventiva de ofício. Para tanto, partiu-se da análise da prisão preventiva, examinando seus princípios, requisitos, fundamentos e hipóteses, passando ao estudo dos sistemas processuais penais, em especial o sistema acusatório. Por fim, foi realizada uma análise da atuação *ex officio* do juiz no âmbito da prisão preventiva frente à previsão constitucional e processual penal do sistema acusatório. Desta forma, utilizou-se da mais recente literatura sobre prisão preventiva e sistema acusatório, bem como se buscou auxílio nas decisões de nossos Tribunais, tentando demonstrar que as recentes alterações legislativas sobre prisão preventiva estão em harmonia com a Constituição Federal. Tal análise se torna importante diante das recentes e consideráveis alterações no Processo Penal Brasileiro, no intuito, ao certo, de harmonizá-lo com nossa Carta Magna.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Hipóteses. Sistema acusatório. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Freedom is a rule within the Brazilian legal system, however, there is provision for situations in which this constitutional right is mitigated. However, these exceptions, called precautionary measures, must occur in specific situations and in accordance with all relevant legislation, especially our Constitution. In this sense, this research presents a study on the reflexes of the accusatory system in Preventive Prison, such as the impossibility of decreeing pretrial detention. To do so, we started from the analysis of preventive detention, examining its principles, requirements, foundations and hypotheses, moving on to the

¹⁵Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* dabdalorena@hotmail.com

¹⁶ Orientador, Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. *E-mail:* prof.xerez@hotmail.com

study of criminal procedural systems, especially the accusatory system. Finally, an analysis of the ex officio performance of the judge in the context of preventive detention was carried out in view of the constitutional and criminal procedural provisions of the accusatory system. Therefore, we used the most recent literature on preventive detention and the accusatory system, as well as seeking assistance in the decisions of our Courts, trying to demonstrate that the recent legislative changes on preventive detention are in harmony with the Federal Constitution. Such analysis becomes important given the recent and considerable changes in the Brazilian Criminal Procedure, with the intention, of course, of harmonizing it with our Magna Carta.

Keywords: Pre-trial detention. Assumptions. Accusatory system. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro, fundado nos preceitos de um Estado Democrático de Direito, tem estrita observância aos princípios e garantias constitucionais. Desse modo, a sua inobservância provoca uma crise em todos os institutos do processo penal.

Desta forma, buscou-se realizar uma pesquisa para demonstrar que as recentes alterações legislativas procuraram deixar o instituto da prisão preventiva em conformidade com o texto constitucional, em especial na parte que a Carta Magna dispõe sobre o sistema acusatório. Assim desenvolveu-se o presente artigo em 4 (quatro) capítulos.

O primeiro capítulo apresentará um estudo das medidas cautelares, trazendo seus aspectos gerais e os princípios que balizam esse fenômeno. Nele, será demonstrado os seus requisitos, fundamentos e hipóteses. Ademais, também será comentado as modalidades de prisões, de forma geral, com enfoque na prisão preventiva, contudo, sobre esta, ela será tratada de forma mais profunda no capítulo dois.

O segundo capítulo discutirá a prisão preventiva. De início, será abordado o princípio da presunção de inocência e do devido processo legal. Em seguida, serão discutidas as questões atinentes aos princípios base das prisões preventivas, levando em conta o contraditório, provisionalidade, excepcionalidade e proporcionalidade, atrelando o entendimento legal com o doutrinário acerca do tema. Ademais, também se falará das mudanças implementadas pela Lei nº 13.964/2019, sobretudo aquelas ligadas à duração da prisão preventiva e o procedimento para sua decretação. Destaca-se, também, que este capítulo buscará examinar o instituto da prisão preventiva, seus requisitos e fundamentos.

O terceiro capítulo, por seu turno, definirá os sistemas processuais brasileiros. Assim, serão trabalhados os sistemas: inquisitivo, acusatório e o misto e a relação deles com o

Código de Processo Penal brasileiro. Outrossim, se estudará as mudanças advindas do pacote anticrime.

Por fim, no quarto capítulo será abordada a prisão preventiva frente ao sistema acusatório brasileiro. Aqui se investigará o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro e sua sustentação constitucional. De mais a mais, também será comentado a suspensão do juízo das garantias por parte do Supremo Tribunal Federal, e outros aspectos importantes inerentes ao tema.

Nesse contexto, esta pesquisa busca analisar o sistema inquisitorial e o acusatório, de forma ampla, levando em conta os seus principais pontos, a fim de identificar os temas que os assemelham e os que os distinguem.

Em relação à metodologia, esta pesquisa se define como uma pesquisa bibliográfica. Assim, foram examinados diversos estudos, livros e artigos disponíveis nos indexadores, como portal *Scielo* e *google scholar*, dentre outras plataformas de pesquisas científicas, com intuito de conferir a densidade que este trabalho carece.

Junto a isso, cumpre ressaltar que o tema em estudo é amplo e necessita de outras pesquisas para além dessa. Na verdade, o grande intento desse trabalho é corroborar com a importância desse tema, trazendo uma leve contribuição, porém, não se esvaziando a complexidade desse tipo de pesquisa.

1 DAS MEDIDAS CAUTELARES

1.1 Considerações iniciais

No processo penal, a tutela jurisdicional cautelar é exercida por meio de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal (CPP) e demais legislações especiais. Isso ocorre porque no âmbito do processual penal é comum a ocorrência de situações em que exigem providências urgentes, com a finalidade de assegurar “a correta apuração do fato delituoso, a futura e possível execução da sanção, a proteção da coletividade (ameaçada pelo risco de reiteração do agente acusado) ou, ainda, o ressarcimento do dano causado pelo delito” (LIMA, 2020, p. 929).

Nesse diapasão, tais providências têm o escopo de viabilizar a prestação jurisdicional eficaz ao final do processo penal, levando em consideração as interferências que obstam a celeridade processual e interferem prejudicialmente na atividade jurisdicional. Contudo, cabe frisar que a busca pelo desenvolvimento pleno e célere do processo não pode lesar as garantias fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido, entram em cena as medidas cautelares normatizadas pelo CPP, como forma alternativa ao martírio das prisões. As hipóteses de decretação das medidas

cautelares diversas da prisão pela autoridade judiciária competente estão previstas no art. 319 do referido diploma legal, a saber:

Comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se da Comarca; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; internação provisória do acusado; e, fiança (BRASIL, 1941, p. 42).

Como observado na transcrição *ipsis litteris* do artigo, as sanções previstas no CPP são aplicadas em face do imputado para evitar o encarceramento deste, porém, não elimina o caráter coercitivo da medida.

Alinhado a isso, no art. 313 do CPP aduz que as medidas cautelares podem ser decretadas quando a modalidade de prisão não ensejar encarceramento, isto é, com menor igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvos os crimes previstos na lei Maria da Penha, Estatuto da Criança e do Adolescente, no Estatuto do Idoso e no Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Outrossim, é cedido comentar acerca do binômio que deve estar presente na decretação de cautelares, a qual seja: a necessidade e a adequação. Tendo em vista isso, o Superior Tribunal de Justiça firma atendimento que:

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO NÃO DEMONSTRADOS. ORDEM CONCEDIDA. 1. A decisão judicial que estabelece medidas cautelares deve demonstrar, à luz do que dispõe o art. 282 do CPP, a necessária presença de exigência cautelar a justificar a medida. 2. Não se mostram suficientes as razões invocadas pelo Juízo monocrático para embasar a imposição de cautelares diversas da prisão ao acusado, porquanto foi claro ao afirmar a primariedade do réu e a ausência de indícios de que este se dedique a atividades criminosas, esteja envolvido com associação voltada à prática delitiva ou de que, em liberdade, possa cometer novos delitos ou prejudicar a instrução processual. **Além disso, não teceu nenhum comentário baseado em elementos concretos dos autos para justificar a necessidade e a adequação das medidas estabelecidas.** 3. Ordem concedida para cassar a decisão que determinou o cumprimento das cautelares, ressalvada a possibilidade de nova imposição de tais medidas, ou de outras que

o prudente arbítrio do Juízo natural da causa entender cabíveis e adequadas, mediante a devida fundamentação. (STJ - HC: 432140 MG 2018/0000083-7, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/08/2018). (grifo nosso).

Assim sendo, a necessidade é caracterizada para "a) assegurar a aplicação da lei penal; b) conveniência da investigação ou da instrução criminal; c) evitar a prática de novas infrações penais. São elementos da 'adequação': a) gravidade do crime; b) circunstâncias do fato; c) condições pessoais do indiciado ou acusado." (GOMES FILHO et al, 2017, p. 12).

Tal questão está prevista no art. 282 do CPP. Vejamos:

As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - Necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - Adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (BRASIL, 1941, p. 37).

Alencar e Nestor Távora colocam que é possível aplicá-las cumulada ou isoladamente. Desse modo, eles sintetizam a ideia da seguinte forma:

Exigem assim: 1) a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Espera-se com isso coibir a ocorrência de fuga, preservar a colheita dos elementos indiciários e/ou a prospecção probatória, assim como evitar a reiteração de delitos, seja quando a manutenção do agente no desempenho funcional facilite a perpetuação criminosa, ou quando a convivência social em horários específicos ou fins de semana facilitem a delinquência. 2) a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Tem-se aqui vetores interpretativos que vão balizar, inclusive, a escolha da cautela que tenha maior aderência, levando em conta a gravidade (concreta) do delito, as circunstâncias de como o fato criminoso foi praticado, retratando a historiografia do crime, além das condições pessoais do agente, individualizando-se a conduta e o seu protagonista. 3) Aplicação isolada, cumulada ou alternada de pena privativa de liberdade. É dizer, as cautelares em

voga não se destinam a infrações que têm na multa a única pena, caracterizando verdadeiras contravenções. Da mesma forma, quando a única sanção prevista é a restrição de direitos, como ocorre no porte para uso de drogas, caracterizado como crime, porém sem reprimenda cerceadora da liberdade (art. 28, lei n.º 11.343/06). (ALENCAR; TÁVORA, 2020, p. 644).

As medidas cautelares não esvaziam o caráter punitivo do diploma legal, visto que elas são aplicadas em casos previstos em lei, em que a aplicação das medidas se mostra mais proveitosa que a prisão em si. Além disso, o agente que é imputado às alternativas para além da prisão, deve possuir características que façam jus ao benefício.

Contudo, em determinadas situações, faz-se necessária a aplicação de medida cautelar mais restritiva, a qual seja: a prisão cautelar. A palavra prisão, que advém do latim *prehensio*, significa o ato de capturar ou prender (HENRIQUES; MATOS, 2020, p. 60).

A prisão pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, a qual é chamada de prisão definitiva ou durante a persecução criminal, sendo este último definido como prisão provisória, também chamada de prisão cautelar.

Dessa forma, antes do trânsito em julgado da condenação, o sujeito só poderá ser preso em três situações: na prisão em flagrante, na prisão temporária e na prisão preventiva. Adiante, passa-se a discorrer sobre cada uma delas (CAPEZ, 2020, p. 105).

A prisão em flagrante está prevista nos arts. 301 a 310 do Código de Processo Penal (CPP) e consiste em modalidade de medida cautelar, de natureza administrativa (inicialmente), podendo ser realizada por qualquer pessoa do povo (flagrante facultativo) ou por agentes policiais (flagrante obrigatório). Nessa esteira, a autorização constitucional para realizar uma prisão cautelar, sem ordem judicial, decorre da legítima defesa da sociedade, em razão da ocorrência delituosa (NUCCI, 2014, p. 59).

Acrescenta-se que, na contemporaneidade, o instituto estudado acima é chamado de precautelar. Isso se deve, sobretudo, em razão da redação do art. 310 do Código de Processo Penal. Sobre isso, Da Silva escreve que:

A prisão em flagrante é denominada como medida precautelar, sendo um ato administrativo precário celebrado pela autoridade policial, que precisa ser imediatamente submetido ao crivo do Poder Judiciário. Logo, a permanência no cárcere vai depender da presença de uma das circunstâncias que verdadeiramente autorizam a prisão preventiva. Assim, tal instituto justifica-se como salutar providência

acautelatória da prova da materialidade do fato e a respectiva autoria (DA SILVA, 2021, p. 6).

O caráter inicial administrativo da prisão em flagrante se dá por ser executada na delegacia de polícia, bem como pela possibilidade de ser realizada por qualquer do povo, conforme o art. 301, do CPP, dentre outros aspectos (BRASIL, 1941, p. 53). Na sequência, o auto de prisão deve ser formalizado perante o juiz competente que poderá manter ou não a prisão. A partir do momento em que o magistrado mantém a prisão, esta medida cautelar torna-se de natureza judicial (NUCCI, 2014, p. 60).

A prisão temporária, por sua vez, de acordo com Renato Brasileiro Lima, é uma forma de prisão cautelar decretada pela autoridade na fase preliminar, com prazo estipulado, quando a prisão for indispensável para obtenção de informações relacionado à autoria e materialidade da infração do fato (BRASILEIRO, 2020, p. 1105).

Portanto, a prisão temporária possui como finalidade primordial a apuração de elementos informativos (autoria e materialidade) da infração penal, de modo a subsidiar o oferecimento de denúncia e, na sequência, a instauração de processo penal.

A prisão preventiva, por fim, consiste em espécie de prisão cautelar decretada pela autoridade judiciária competente, mediante representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, conforme dispõe o art. 311, do Código de Processo Penal (CPP).

Para tanto, é necessário que os requisitos legais elencados no artigo 313, do CPP sejam preenchidos, ocorrendo os motivos autorizadores previstos no artigo 312, do CPP e, desde que, se revelem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, com base no artigo 319, do CPP (BRASIL, 1941).

A prisão preventiva é o objeto da presente pesquisa, de modo que segue adiante, após os princípios das prisões cautelares, uma análise mais minuciosa do referido instrumento normativo.

2 DA PRISÃO PREVENTIVA

2.1 Princípios das prisões cautelares

A base principiológica é fundamental no estudo de qualquer instituto jurídico. No caso das prisões cautelares, são os princípios que permitirão a coexistência de prisão sem sentença condenatória transitada em julgado e a garantia da presunção de inocência.

Dessa forma, são princípios orientadores do sistema cautelar, no entendimento de Aury Lopes Jr.: “a jurisdicionalidade e motivação; o contraditório; a provisionalidade; a provisoriedade; a excepcionalidade; a proporcionalidade” (2019, p. 722).

De acordo com Moraes, Barros e De Oliveira (2021, p. 68), o Brasil se caracteriza como um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a Constituição de 1988 dispõe que ninguém será considerado culpado sem uma sentença condenatória transitada em julgado. Isso vale dizer, em síntese, que o indivíduo é presumidamente inocente, deixando o Estado provar a sua culpa, em decorrência do princípio da presunção de inocência.

Todavia, como visto, é possível decretar a prisão preventiva para assegurar a ordem pública e preservar direitos. Nesse diapasão, Aury Lopes Jr. preceitua que, os princípios da jurisdicionalidade e motivação consistem na obrigatoriedade de fundamentação da ordem judicial que decreta a prisão cautelar.

Esse princípio está intimamente relacionado com o *due process of law* (devido processo legal), uma vez que ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (LOPES JR., 2019, p. 232). Essa determinação está prevista no art. 5º, inciso LIV, da CF/88 e garante a isonomia processual.

Em mesmo sentido determina o artigo 5º, inciso LXI, da CF/88, que determina: “Art. 5º. [...] LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (BRASIL, 1988, p. 6).

Sobre isso, o Código de Processo Penal, no seu art. 283, *caput*, estabelece que: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado” (BRASIL, 1941, p. 28).

Especialmente quanto à prisão preventiva, determina o art. 315, do CPP, *in verbis*: “Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada” (BRASIL, 1941, p. 43).

Ademais, a Lei nº 13.964/2019 incluiu no referido artigo os §1º e 2º, que tratam, respectivamente, da indicação concreta da existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada e a enumeração de situações que não devem ser consideradas fundamentações de decisão judicial (BRASIL, 1941, p. 42).

Dessa forma, é assegurado aos indivíduos que a restrição de liberdade só poderá ocorrer quando submetida a órgão investido de jurisdição, com competência para tanto, e desde que, a decisão esteja devidamente fundamentada. A inobservância dessa previsão deve ser remediada pela via do *habeas corpus*, nos termos do art. 648, inciso III, do CPP,

bem como relaxada, conforme dispõe o artigo 5º, inc. LXV da Constituição Federal (BRASIL, 1988, p. 6).

O princípio do contraditório deve ser observado sempre que possível e compatível com a medida cautelar a ser tomada. Nesse sentido, a Lei nº 13.964/2019 trouxe importante contribuição para o avanço do contraditório nas medidas cautelares, ao alterar a redação do art. 282, §3º do CPP, que estabelece:

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, **para se manifestar no prazo de 5 (cinco) dias**, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo, **e os casos de urgência ou de perigo deverão ser justificados e fundamentados em decisão que contenha elementos do caso concreto que justifiquem essa medida excepcional.** (grifos nosso) (BRASIL, 1941, p. 29).

Dessa forma, somente nos casos de urgência ou de perigo da ineficácia da medida é que poderá ocorrer a aplicação de medida cautelar sem o contraditório da parte adversa. No entanto, a partir da mencionada alteração, esses casos deverão ser devidamente justificados e fundamentados em decisão contendo os elementos que evidenciem a aplicação da medida sem contraditório.

Além disso, a lei agora estabelece o prazo de 05 (cinco) dias para manifestação da parte contrária, após intimação. O contraditório, portanto, dependerá das circunstâncias do caso concreto. Por conseguinte, a provisionalidade consiste no princípio básico das prisões cautelares, pois estas são situacionais, na medida em que tutelam uma situação fática. Uma vez desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a prisão (LOPES JR., 2019, p. 726).

Ainda acerca disso, Lopes Jr. (2019, p. 728) diz que “a provisoriedade está relacionada ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve (ria) ser temporária, de breve duração”. Em termos simples, essa modalidade de prisão não poderá ser *ad eternum*, ou seja, de caráter não periódico.

O art. 282, §5º, do CPP, traz suporte legitimador a este princípio, quando determina: “Art. 282. § 5º O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941, p. 28).

Especificamente quanto à prisão preventiva, determina de igual modo o art. 316, *caput*, do CPP: "Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem" (BRASIL, 1941, p. 38).

Os dispositivos supramencionados sofreram alterações por meio da Lei nº 13.964/2019, passando a incluir na sua redação a possibilidade de revogação da medida cautelar e prisão preventiva, respectivamente, por autoridade judiciária competente, de ofício ou a pedido das partes. Dessa forma, verificada a ausência de motivo legitimador da prisão cautelar, esta deve ser findada ou substituída pela medida cabível em cada caso concreto, isto é, convertida em prisão preventiva, por exemplo.

A prisão cautelar tutela uma situação fática e provisória, não podendo assumir a função de prisão-pena. Nesse sentido, o princípio da provisoriedade está ligado ao fator tempo, de modo que toda prisão cautelar deve ser temporária e de breve duração. Ocorre que, legalmente inexistente um período de duração da prisão cautelar, podendo perdurar enquanto a autoridade judiciária entender existir o *periculum libertatis*, que será discutido oportunamente (LOPES JR, 2019, p. 321).

Diante desse princípio, cumpre destacar a importante inclusão legislativa realizada através da Lei nº 13.964/2019, a saber: "Art. 316. (...) Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal" (BRASIL, 1941, p. 38).

O novo dispositivo legal supracitado impõe a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias. Dessa forma, ainda que não haja previsão de limite máximo preestabelecido da prisão cautelar, existe agora a obrigatoriedade de revisão, a fim de rever se os motivos que a autorizaram ainda permanecem.

No tocante ao prazo nonagesimal previsto no parágrafo único, do art. 316, do CPP, cabe destacar importante decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), proferida nos autos do *Habeas Corpus* 191836, a saber:

HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. RECORRIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SUPERAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. SINGULARIDADE E RELEVÂNCIA DA CONTROVÉRSIA. PRISÃO PREVENTIVA. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO PELO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

CONCESSÃO AUTOMÁTICA DA LIBERDADE PROVISÓRIA. INVIABILIDADE. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA EM ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. (...) 4. Reafirma-se, portanto, a posição do PLENÁRIO desta SUPREMA CORTE, no sentido de que **o transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, conseqüentemente, a concessão de liberdade provisória.** 5. Habeas corpus indeferido.

(STF – HC: 191836 SP 0103803-12.2020.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 01/03/2021). (grifo nosso)

Portanto, conclui-se que, a inobservância do prazo de 90 (noventa) dias para revisar a necessidade de manutenção da prisão preventiva, não importa em revogação automática desta, devendo passar pelo crivo do judiciário, a fim de analisar a legalidade da prisão, e se ainda existem os motivos que ensejaram a sua decretação.

O próximo princípio é o da excepcionalidade que consagra a prisão preventiva como último instrumento a ser utilizado, devendo ser aplicada somente após a verificação de inadequação e insuficiência das demais medidas cautelares. Além disso, o não cabimento de medida cautelar diversa da prisão deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto e de forma individualizada, de acordo com a previsão do art. 282, §6º, do CPP (BRASIL, 1941, p. 32).

Por fim, tem-se o princípio da proporcionalidade, considerado o principal sustentáculo das prisões cautelares, uma vez que estas se localizam no centro de dois interesses opostos, sobre os quais gira o processo penal: "o respeito ao direito de liberdade e a eficácia na repressão dos delitos. Esse princípio deve ser utilizado como norteador da conduta do juiz frente ao caso concreto, pois deverá ponderar a gravidade da medida imposta com a finalidade pretendida" (LOPES JR., 2019, p. 733).

Acerca disso, Fernando Capez dispõe que:

Deverá ser observado o princípio da proporcionalidade para a decretação da prisão preventiva, sopesado por meio de dois requisitos: necessidade e adequação. Necessidade. Qualquer providência de natureza cautelar precisa estar sempre fundada no periculum in mora. Não podendo ser imposta exclusivamente com base na gravidade da acusação. Maior gravidade não pode significar menor exigência de provas. Sem a demonstração de sua necessidade

para garantia do processo, a prisão será ilegal. Adequação. A medida deve ser a mais idônea a produzir seus efeitos garantidores do processo. Se a mesma eficácia puder ser alcançada com menor gravame, o recolhimento a prisão será abusivo. O ônus decorrente dessa grave restrição à liberdade deve ser compensado pelos benefícios causados à prestação jurisdicional. Se o gravame for mais rigoroso do que o necessário, se exceder o que era suficiente para a garantia da persecução penal eficiente, haverá violação ao princípio da proporcionalidade (CAPEZ, FERNANDO, 2020, p. 306).

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade possui ainda três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação vem prevista expressamente no art. 282, II, do CPP, que estabelece: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...) II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado” (BRASIL, 1941, p. 29). Logo, a adequação está relacionada à aplicação da prisão cautelar de acordo com as particularidades do caso.

A necessidade, por sua vez, preconiza que a aplicação da medida cautelar deve atentar-se ao estritamente necessário para a obtenção do resultado pretendido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito significa a ponderação entre os interesses em questão, a restrição de liberdade do acusado e necessidade de acautelar o processo criminal (LOPES JR, 2019, p.317).

2.2 O instituto da prisão preventiva

A prisão preventiva é considerada uma espécie de prisão cautelar de natureza processual, que tem o condão de restringir a liberdade do sujeito, porém, pelo advento da lei 13.964/2019 (pacote anticrime) o juiz não pode mais decretada a prisão preventiva de ofício (VIEIRA, 2021, p. 56).

Conforme já mencionado, a prisão preventiva consiste em medida prisional de natureza cautelar e poderá ser decretada, nos termos do art. 312, *caput*, do CPP:

[...] como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (BRASIL, 1941, p. 33).

Ademais, segue-se adiante estudo detalhado dos requisitos, fundamentos e hipóteses de decretação da prisão preventiva.

2.3 Requisitos e fundamentos

A natureza cautelar da prisão preventiva, assim como nas medidas cautelares do processo civil, exige o preenchimento de requisitos para a sua decretação, uma vez que se trata de situação excepcional, por vezes decretada sem oportunizar o contraditório, como já discutido alhures.

Dessa forma, constituem pressupostos/requisitos para a decretação preventiva, de acordo com o art. 312, *caput*, do CPP foi introduzido na nova redação do referido dispositivo legal, por meio da Lei nº 13.964/2019 e normatiza que:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. § 1º A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares §2º A decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada (BRASIL, 1941, p. 32).

Essa exigência da comprovação do perigo retirou o caráter presumido do risco da liberdade do imputado ao processo, passando a exigir do magistrado uma fundamentação completa ao decretar a prisão preventiva (CAPEZ, 2020, p. 348).

2.4 Comprovação da existência de crime

À luz da expressão utilizada no processo civil (*fumus boni iuris* ou “fumaça do bom direito”), no processo penal, utiliza-se a expressão *fumus commissi delicti* (ou “fumaça do cometimento de um crime”) para traduzir a exigência de que se demonstre a existência de um crime para se levantar a hipótese de prisão preventiva, ao lado de outros requisitos trazidos pelo diploma penal.

Desse primeiro requisito extrai-se a exigência, conforme preceitua Prado e Santos, de material probatório mínimo, ou seja, não basta a mera suspeita para que se decrete a prisão preventiva. Assim, Maurício Zanóide de Moraes leciona que:

Pela previsão do “*fumus delicti commissi*” o legislador exigirá que o juiz demonstre, de modo objetivo e concreto, quais são os elementos constantes dos autos (investigativos ou judiciais) reveladores da existência de crime (materialidade) e em que

medida o imputado a ser submetido à coação está envolvido com os fatos (autoria). Determinará também que o grau de convicção judicial seja tão mais elevado quanto mais restritiva for a medida a ser aplicada. O julgador deverá indicar sempre de quais elementos objetivos e constantes dos autos extraiu a base fática para formar sua convicção de que o crime ocorreu e que o sujeito a ser submetido à constrição está envolvido em seu cometimento (DE MORAES, 2010, p. 187).

Ante o exposto, é possível inferir que, por esse princípio, é necessário indícios mínimos de autoria. Porém, sobre esse assunto, o próximo tópico vai expor de forma mais ampla.

2.5 Indício suficiente de autoria

O perigo de liberdade (ou *periculum libertatis*) constitui fundamento para a decretação da prisão preventiva, uma vez que, nestes casos tem por finalidade assegurar a (i) a ordem pública, (ii) a ordem econômica, (iii) a instrução penal e (iv) o cumprimento da pena, como bem ficou definido no CPP.

Para Prado e Santos, acerca desse terceiro requisito da prisão preventiva, ensina que ele se centra em graves vicissitudes, ou seja, “há uma série de problemas ligados aos conceitos e aos casos em que as hipóteses são preenchidas, permitindo, então, o aprisionamento ‘cautelar’” (2018, p. 87).

Advinda da Lei Antitruste, o requisito da “ordem econômica” visa coibir os abusos à ordem econômica, desde que exista ameaça demonstrada de que o agente, solto, continue a praticar novas infrações afetando a ordem econômica. Todavia, há na doutrina autores que ligam o preenchimento desses requisitos aos ditames da citada lei.

No entanto, segundo os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a ordem econômica já estaria enquadrada num contexto maior, a saber: da garantia da ordem pública. Portanto, não haveria necessidade de disposição expressa nesse sentido (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 201).

Assim, apenas a instrução criminal e garantia de aplicação da lei penal se mostram requisitos passíveis de atingimento objetivo para prisão preventiva, cujo objetivo é preservar a prova processual, garantindo sua regular produção, imune a qualquer ingerência nefasta do agente, como por exemplo, ameaçar testemunhas e vítimas, aliciar testemunhas falsas, desaparecer com vestígios do crime, distribuir documentos e desfigurar provas (PRADO; SANTOS, 2018, p. 88). Nesse caso, portanto, o *periculum in*

mora é evidente, uma vez que manter o réu solto nessas circunstâncias poderá afetar o regular andamento processual.

2.6 Hipóteses de decretação da prisão preventiva

Presentes os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada em relação às infrações listadas no dispositivo:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado) (BRASIL, 1941, p. 32).

No primeiro caso (art. 313, inciso I), será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, independentemente se a natureza da pena é de reclusão ou detenção.

A finalidade do dispositivo legal é evitar que o mal causado durante o processo seja desproporcional àquele que, possivelmente, poderá ser infringido ao acusado quando de seu término, em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Isso se deve à previsão do art. 44, inciso I, do Código Penal, que determina a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direito quando for aplicada em situação cujo crime não comine pena superior a 04 (quatro) anos e não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, também prevê essa aplicação quando se tratar de crime culposos, qualquer que seja a pena aplicada (BRASIL, 1940, p. 15).

Conclui-se, portanto, nas palavras de Aury Lopes Jr., que: "foi para resolver esse grave paradoxo que o art. 313, I, estabeleceu esse limite de pena. Portanto, nada de novo,

apenas uma questão de sistematização e harmonização entre os Códigos Penal e Processual Penal” (2020, p. 56).

A segunda hipótese trata dos casos de reincidência criminal, quando o acusado já foi condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ou seja, segundo Código Penal Brasileiro, em seu artigo 63, “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Ademais, não será considerada reincidência, nos termos do art. 64, inciso I, do Código Penal: “(...) se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação” (BRASIL, 1940, p.14).

A terceira hipótese trata dos crimes que envolvem violência doméstica e familiar, com a finalidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgências. Ressalta-se que a Lei nº 12.403/2011 deu nova redação ao inciso III, do art. 313, do CPP, com o objetivo de ampliar o rol de proteção do artigo, incluindo agora não só a mulher, mas também a criança, o adolescente, o idoso, o enfermo e as pessoas com deficiência (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 126).

Ademais, o §1º do mesmo dispositivo legal determina mais uma hipótese na qual é admitida a prisão preventiva, a saber: “quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa e o agente não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la. Ressalta-se, todavia, que o preso deve ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação (civil ou criminal), salvo, se outra hipótese recomendar a manutenção da medida” (BRASIL, 1941, p. 33).

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

3.1 Conceito

No direito comparado, encontram-se três espécies de sistemas processuais penais, a saber: sistema inquisitivo, sistema acusatório e sistema misto. Dessa maneira, faz-se necessário o estudo de cada um deles para melhor entendermos seus fundamentos e características, que segue adiante, respectivamente.

O processual criminal brasileiro sofreu fortes influências do CPP Italiano, ou Código Rocco, da década de 30, ainda permanecendo resquícios dessa estrutura ideológica de inspiração fascista, na qual preponderava a ideia que o juiz estava em uma posição hierarquicamente superior às demais partes da relação processual (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 218).

3.2 O sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo é marcado por algumas características que lhe são próprias, a saber: inexistência de contraditório e da ampla defesa; concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma única pessoa (juiz); procedimento escrito e sigiloso; início da persecução, produção da prova e prolação da decisão pelo magistrado; mitigação dos direitos e garantias individuais (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 220).

3.3 O sistema acusatório

Quanto ao sistema acusatório, este recebe essa denominação porque ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, cujo fato narrado seja descrito com todas as suas circunstâncias. O sistema acusatório é próprio dos regimes democráticos, caracterizando-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas, assegurando ao acusado a observância do contraditório e ampla defesa (AVENA, 2017, p. 112).

Nesse sentido, são características do sistema acusatório: “contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos” (CAPEZ, 2020, p. 121). Dessa forma, a tramitação da ação penal, nesse modelo, inclui a rigorosa observância dos direitos fundamentais do acusado, garantindo sua manifestação no momento adequado, os meios necessários para garantir sua defesa, a publicidade dos atos processuais e a garantia de imparcialidade do órgão julgador.

3.4 O sistema misto

O sistema misto, por sua vez, tem raízes na Revolução Francesa, possuindo como marco legal o Code *d’Instruction criminelle* francês de 1808. Esse sistema “se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo e, por outras, de um sistema acusatório” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 57).

Caracteriza-se, portanto, como um modelo intermediário, marcado “pelo atendimento de garantias constitucionais - a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da publicidade -, porém com poderes instrutórios fortes nas mãos do juiz (gestão de prova *ex officio*)” (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 57).

À vista disso, é possível visualizar nesse sistema, como bem destaca Fernando Capez: “uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório” (CAPEZ, 2020, p. 122).

Isto posto, à luz do exposto, é fácil inferir como o sistema acusatório é complexo e cheio de entrelinhas. Ademais, é notório o porquê de o Brasil ter o adotado, vez que ele se coaduna perfeitamente com os princípios do Estado Democrático de Direito.

4 PRISÃO PREVENTIVA FRENTE AO SISTEMA ACUSATÓRIO

4.1 O sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Paulo Garcia (2020, p. 32), o Brasil adotou o sistema acusatório. Assim, esse sistema tem respaldo direito na Constituição, uma vez que há diversas passagens na Carta Magna de 1988 que constataam isso. A saber:

Tomando como referência a Constituição Federal vigente, que consagrou garantias penais e processuais, entre elas, os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o direito de não produzir prova de si mesmo, busca-se verificar se as provas produzidas durante a persecução penal podem respaldar sentenças condenatórias ou absolutórias prolatadas no processo penal (TORQUETTI, 2019, p. 2).

Cumulado a essa interpretação, em diversas passagens do art. 5º, remete-se ao sistema acusatório:

Art. 5º da Constituição Federal.

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988, p. 6).

O pacote anticrime reformou o CPP, definindo o processo penal como acusatório. Desse modo, a legislação normatiza que "Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (BRASIL, 2019). Assim sendo, a decisão se refere ao juiz, e não ao sistema acusatório.

É salutar destacar que o STF suspendeu parte do pacote anticrime, mais especificamente, o art. 3º desse diploma legal. Com efeito, a previsão do juiz das garantias

foi afetada substancialmente, pois não foi possível ter a eficácia em razão da decisão monocrática do Ministro Fux.

4.2 Prisão preventiva e o sistema acusatório

Ressalta-se, inicialmente, que o sistema acusatório está previsto na CF/88, por meio de diversos dispositivos constitucionais: o art. 129, inciso I determina “são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”; o art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, estabelece o princípio do devido processo legal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; na sequência, ressalta-se o inciso LV, do mesmo artigo, *in verbis*: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988, p. 5).

Assim, o sistema acusatório constitucional, como deve ser o brasileiro, caracteriza-se pela separação das funções de acusar e julgar, além do respeito às garantias relativas ao exercício do direito à defesa, à produção probatória e à formação da convicção do órgão julgante, sendo este um sujeito despido de iniciativa da *persecutio criminis* (PRADO, 2018, p. 68).

Nas palavras de Ferrajoli,

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção (2002, p. 452).

O processo legal, ou administrativo, deve observar as normas que regem os procedimentos, garantindo o pleno desenvolvimento processual, assegurando o contraditório e oportunizando a ampla defesa, com todos os meios e recursos necessários. A obediência ao contraditório e ampla defesa é característica típica do sistema acusatório, não vigorando no âmbito do sistema inquisitorial.

Outrossim, são corolários do devido processo legal, em sentido amplo: a vedação de provas ilícitas (art. 5º, inciso LVI), o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), a publicidade dos atos processuais, salvo as hipóteses legais (art. 5º, LX), a comunicação ao preso dos seus direitos (art. 5º, LXIII), a identificação dos responsáveis pela prisão ou interrogatório, dentre outras disposições constitucionais (BRASIL, 1988, p. 6).

Dessa forma, nas palavras de Rayol:

O sistema acusatório caracteriza-se justamente pela existência de um juiz constituído e competente conforme as regras constitucionais e legais (juiz natural), cuja atribuição primordial é assegurar tratamento processual equivalente entre o Estado-Acusador e o acusado, conferindo o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa e julgando o feito com absoluta isenção (2018, p. 84).

Desta forma, não resta nenhuma dúvida que o sistema acusatório rege o ordenamento processual pena e está amparado pela Carta Magna, devendo todos os institutos processuais penais estarem em harmonia com esse sistema.

Nesse ínterim, visando alinhar o CPP com os ditames constitucionais, foi promulgada a Lei nº 13.964/2019 no dia 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, visando aperfeiçoar a legislação penal e processual penal.

Nesse contexto, em sede de medida cautelar, o Ministro do STF (Supremo Tribunal Federal), Luiz Fux, suspendeu o art. 3º do Código de Processo Penal, o qual tratava sobre o juiz de garantia. Na doutrina, tal decisão gerou muitas discussões. Sobre isso, criticamente, Eduardo Francisco De Siqueira leciona que:

Na primeira decisão liminar, o Min. Dias Toffoli reconheceu a constitucionalidade da regra, afirmando que a adoção de “um sistema acusatório, no qual é central a salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado” decorre da “conformação constitucional de nosso sistema de persecução penal”. Alguns dias após, o Min. Luiz Fux revogou esta decisão e, dentre outras medidas, suspendeu, por prazo indeterminado, o art. 3º-A do CPP. No ponto, a decisão posterior contém grave defeito, por não conter absolutamente nenhum fundamento específico que possibilite a suspensão da eficácia da regra. No plano da inconstitucionalidade formal, afirma-se equivocadamente que o art. 3º-A do CPP é “norma correlata” ao juiz de garantias, ostentando natureza híbrida, “sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária”, violando os arts. 24 e 96, da CR/88. Adiante, reforça-se que “os artigos 3º-A a 3º-F consistem preponderantemente em normas de organização judiciária” e que “a implantação dos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal requer, em níveis poucas vezes visto (sic) na história judiciária recente, a reestruturação das unidades judiciárias e a redistribuição de recursos materiais e humanos (DE SIQUEIRA, 2020, p. 52-53).

Diante das inúmeras alterações trazidas pela referida lei, é válido analisar no presente estudo àquelas que foram voltadas para o instituto da prisão preventiva, de forma a tornar este instituto compatível com o sistema acusatório.

Nesse sentido, cabe destacar as alterações promovidas acerca da atuação *ex officio* do juiz no âmbito da prisão preventiva. A primeira a ser pontuada é referente ao art. 282, §2º do CPP. A redação anterior desse artigo permitia a decretação das medidas cautelares de ofício pelo juiz, no entanto, com o advento do pacote anticrime, a redação do dispositivo legal passou a ser a seguinte:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (...)

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (BRASIL, 1941, p.28).

A nova redação do artigo supracitado permite que as medidas cautelares sejam decretadas pelo juiz somente a requerimento das partes (quando no curso da ação penal) ou, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público (quando no curso da investigação criminal).

Sendo assim, o juiz não pode mais decretar as medidas cautelares de ofício, e a sua inobservância é situação de ilegalidade, podendo a defesa requerer o afastamento da medida aplicada (BRASIL, 2019, p. 23).

Rogério Sanches Cunha destaca que, no tocante à mencionada alteração: "A Lei 13.964/19 alterou a redação deste dispositivo (bem como do art. 311), proibindo o juiz decretar qualquer medida cautelar sem provocação, seja na fase da investigação, seja na fase do processo. Rende-se, assim, obediência ao sistema acusatório" (2020, p. 213).

Desse modo, pode-se afirmar que a prisão preventiva não poderá mais ser decretada de ofício pelo julgador, sem que haja antes uma provocação por parte do *Parquet*, reafirmando o modelo acusatório que adota o sistema brasileiro.

Ademais, o §4º do mesmo artigo, permitia a atuação de ofício do juiz para, no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, substituir uma medida cautelar já aplicada, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (BRASIL, 1941, p. 41). Sua nova redação, entretanto, retirou essa possibilidade, mantendo os demais termos da redação anterior.

Sobre esse teor, destaca Cunha:

Antes da Lei 13.964/19 o juiz estava autorizado a agir de ofício, isto é, sem provocação de quem quer que seja, diante do descumprimento de qualquer das obrigações impostas, tinha o poder de substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Com a novel Lei, **em respeito ao sistema acusatório**, o juiz deve ser provocado mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante (grifo nosso) (CUNHA, 2020, p. 219).

Está claro, portanto, que a autoridade judiciária deve ser provocada mediante requerimento das partes legitimadas, elencadas no rol do §2º e §4º, para que possa, respectivamente: decretar a aplicação de medidas cautelares e substituir a medida, impor outra em cumulação ou, em último caso, decretar a prisão preventiva. Essas alterações foram realizadas em obediência/respeito ao sistema acusatório, conforme de extrai da leitura de Coutinho:

[...] não significa que o juiz está acima das partes, mas que está para além dos interesses delas. A imparcialidade fica(va) evidentemente comprometida quando ele assume a postura inquisitória e decreta a prisão preventiva. Era uma posição totalmente ativa, como se ele estivesse ao lado do órgão acusador (2001, p. 11).

Por outro lado, o §5º incluiu a possibilidade da atuação de ofício do juiz, bem como a pedido das partes, para “revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (BRASIL, 1941, p. 33).

Nesse sentido, Nucci doutrina que:

Torna-se expresso que o magistrado pode agir de ofício quando for para revogar a medida cautelar ou substituí-la por outra. Pode dar-se a qualquer tempo, desde que se verifique a carência de motivação para a sua subsistência. A contrário sensu, pode-se decretá-la novamente, se novas razões a justificarem. É o caráter bilateral da cautelaridade: utiliza-se, quando indispensável; afasta-se, assim que dispensável (NUCCI, 2020, p. 1053).

Logo, vê-se que uma vez diante de manifestação das partes e/ou *parquet* pela prisão preventiva, o que, segundo as inovações trazidas pelo Pacote Anticrime não poderia mais ser feita de ofício pelo juiz, a sua revogação poderá se dar a qualquer tempo - ou até mesmo a substituição por outra medida cautelar - quando faltar motivos para que ela (prisão preventiva) subsista ou que a justifiquem, conforme de extrai do art. 316 do CPP.

Verifica-se que, a atuação *ex officio* do magistrado já existia nesse caso, porém, o dispositivo não trazia isso de forma clara. Com o advento da Lei 13.964/2019, o dispositivo passou a ter em sua redação de forma mais clara o poder de o magistrado atuar de ofício, bem como incluiu a possibilidade de pedido das partes (BRASIL, 2019).

Nesta parte, cumpre destacar que em caso de nova decretação de medida cautelar ou substituí-la por outra, ela só poderá ocorrer a requerimento dos legitimados. Tal ponto, novamente, mostra a tentativa da norma em excluir os resquícios de inquisitorialidade do Direito Processual Penal.

O art. 311, do CPP, com redação semelhante ao art. 282, §2º do mesmo diploma legal, também previa a atuação de ofício do juiz, no entanto, sua aplicação era especificadamente quanto à prisão preventiva. Porém, o "Pacote Anticrime" também programou mudanças nesse dispositivo, afastando a atuação *ex officio* da autoridade judiciária (BRASIL, 1941).

O art. 311, do CPP, em sua redação inicial, permitia a decretação da prisão preventiva de ofício, tanto no âmbito da investigação policial, quanto no âmbito do processo criminal. A Lei nº 12.403 de 201, no entanto, alterou o dispositivo, vedando a decretação da prisão preventiva "*ex officio*", durante a fase de investigação.

Apesar da supracitada mudança, importante parcela da doutrina, como Aury Lopes Jr., defendia a retirada, da autoridade judiciária, desse poder de agir de ofício, de modo a preservar o sistema acusatório. A Lei nº 13.964/2019, prestigiando o sistema acusatório, acabou por acolher tais ensinamentos, passando a proibir a atuação de ofício do magistrado em qualquer fase da persecução penal (CUNHA, 2020, p. 105).

No tocante à atuação imparcial do juiz fica nitidamente comprometida quando se trata dos casos em que atua como juiz-instrutor, uma vez que assume uma postura inquisitória, incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório, garantidor da imparcialidade.

Seguem, nesse sentido:

Infelizmente, insiste o legislador brasileiro em permitir a prisão decretada de ofício, sem suficiente compreensão e absorção das regras inerentes ao sistema acusatório constitucional e da própria garantia da imparcialidade do julgador. (...) Talvez o maior problema do ativismo judicial é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva (LOPES JR., 2017, p. 60).

Dessa maneira, nessas circunstâncias a atividade exercida pelo magistrado vai de encontro ao que determina o sistema acusatório constitucional brasileiro e contra a própria garantia da imparcialidade do julgador. O Estado, portanto, deve ocupar a posição de terceiro, neutro e equidistante às demais partes processuais.

O dispositivo estabelece o dever de verificar se persistem os motivos que autorizaram a prisão preventiva ou se estes já não mais persistem. Ademais, tal ação constitui-se em dever de ofício do juiz, de modo que funciona como um controle de legalidade (LOPES JR., 2020, p. 189). Portanto, quando verificado pelo magistrado a cessão das circunstâncias que deram causa à prisão preventiva, este está autorizado a revogá-la de ofício, em respeito ao princípio da provisoriedade.

Nessa toada, a Lei nº 12.403/2011 retirou do Juiz à autoridade para decretar, de ofício, a prisão preventiva durante a fase de investigação policial, contudo, manteve esse poder de decretação da preventiva, de ofício, no curso da ação penal. Na sequência, com o advento da Lei nº 13.964/2019 até mesmo esta última possibilidade foi removida.

Levando em consideração essa última alteração promovida, seguem as palavras de Rogério Sanches Cunha:

Se ao juiz é dado o poder de julgar e se, para tanto, deve manter uma posição de equidistância e imparcialidade, seria mais adequado que se deixasse às partes a possibilidade de requerer a prisão preventiva (inclusive durante o curso do processo), evitando-se, com isso, qualquer ação do juiz “sponte própria”. A Lei 13.964/19 (art. 3º.-A CPP) prestigiando o sistema acusatório, acabou por acolher os ensinamentos acima, alterando novamente o art. 311 do CPP, agora proibindo o juiz agir de ofício em qualquer das fases da persecução (CUNHA, 2020, p.129).

Ante o exposto, é possível concluir que a alteração promovida pela Lei nº 13.964/2019, no art. 311 do CPP, retirando do juiz a possibilidade de decretar a prisão preventiva de ofício, está em consonância com o sistema acusatório. Essa alteração promove a harmonia das normas processuais penais com a Constituição Federal de 1988, no tocante aos direitos e garantias do acusado e princípios que regem o processo penal brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como objetivo primordial promover estudo acerca da prisão preventiva e do sistema acusatório, analisando as implicações do sistema acusatório brasileiro no âmbito da prisão preventiva frente às recentes alterações neste instituto.

Nesse sentido, no primeiro capítulo foi abordado os aspectos gerais das medidas cautelares. Assim, foi possível observar as bases desse instituto, seus requisitos, fundamentos e hipóteses. Por oportuno, também foi iniciada a discussão acerca das modalidades de prisões, destacando as prisões preventivas.

O segundo capítulo analisou-se os princípios da prisão preventiva, em especial os princípios da jurisdicionalidade e motivação; o contraditório; a provisionalidade; a provisoriedade; a excepcionalidade; a proporcionalidade. Na sequência partiu-se para uma análise mais detalhada dessa modalidade de prisão, enquanto espécie de medida cautelar de prisão, demonstrando seus requisitos e fundamentos, bem como suas hipóteses de decretação.

Verificou-se, portanto, que os princípios que regulam as prisões preventivas são próprios do sistema acusatório e visam garantir a aplicação correta de medidas cautelares, respeitando sua finalidade "provisória", não se confundindo com a prisão-pena. Além disso, constatou-se que a prisão preventiva deve cumprir os requisitos e fundamentos estabelecidos em lei, para que esteja dentro da legalidade.

No terceiro capítulo buscou-se estudar os tipos de sistemas processuais penais, especialmente o sistema acusatório, por tratar-se da modalidade de sistema adotado pelo processo penal brasileiro e por se tratar de conhecimento chave para entendimento da presente pesquisa.

Foram verificadas, nesse capítulo, as características dos sistemas processuais penais, a fim de identificar os pontos que os distinguem. Nesse sentido, verificou-se que o sistema inquisitivo possui caráter restritivo aos direitos e garantias do acusado e coloca o juiz em posição elevada dentro da relação processual penal. Já o sistema acusatório é caracterizado como garantidor do devido processo legal, em todas as suas nuances, estando em consonância com as determinações constitucionais. O sistema misto, por sua vez, possui traços de ambos os sistemas mencionados.

Por fim, no último capítulo, fez-se necessário a abordagem das alterações advindas por meio da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) de forma comparativa, no âmbito da prisão preventiva. Na sequência foram analisados os reflexos da prisão preventiva decretada de ofício no sistema acusatório. Ao longo das pesquisas, foi possível observar que a prisão preventiva decretada *ex officio*, já não era bem vista por alguns doutrinadores, por tratar-se de expressa afronta ao sistema processual adotado no Brasil, qual seja, o sistema acusatório. Por oportuno, também se comentou a suspensão da criação do juízo das garantias por parte do Supremo Tribunal Federal.

Constatou-se, pois, que a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.964/2019, provocou impactos positivos no objetivo de firmar o sistema acusatório no Brasil. Verifica-

se, portanto, que paulatinamente, os resquícios do sistema inquisitivo são removidos das normas processuais penais, garantindo a harmonia do conjunto normativo com os princípios e garantias previstas na atual Constituição Federal brasileira.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual**

Penal. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. São Paulo: método, 2017.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1941. Seção Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 09 de fev. de 2021.

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

_____. Lei Nº 13.964, De 24 De Dezembro De 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Portal da Legislação**: Brasília, DF, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 06 de abr. de 2021.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Portal da Legislação**: Brasília, DF, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 06 de abr. de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC: 191836 SP 0103803-12.2020.1.00.0000**. Relator: Marco Aurélio. Jusbrasil. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1172986340/habeas-corpus-hc-191836-sp-0103803-1220201000000/inteiro-teor-1172986421> > Acesso em: 26 de mai. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça - **HC: 432140 MG 2018/0000083-7**, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Jusbrasil. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=-+HC%3A+432140>. Acesso em 17 de nov. de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Russell Editores, 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal.** *In:* Crítica à teoria geral do direito processual penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DA SILVA, Yanna Raissa Brito Couto. A EFETIVAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E O PROBLEMA CRÔNICO DE SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA THE EFFECTIVENESS OF CUSTODY HEARING AND THE CHRONIC PROBLEM OF PRISON OVERCROWDING. **Rev. Fac. Direito São Bernardo do Campo** v. 27, n. 1, 2021. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-FD-SBC_v.27_n.1.03.pdf. Acesso em: 02 de nov. de 2021.

DE SIQUEIRA, Eduardo Francisco; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. O PACOTE ANTICRIME E O ART. 3º-A, DO CPP, A POSIÇÃO DO JUIZ NO SISTEMA ACUSATÓRIO, O MOVIMENTO DE REFORMA (AINDA QUE PARCIAL) E A CONTRARREFORMA. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 18, n. 2, 2020. Disponível em: https://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/460. Acesso em: 02 de nov. de 2021.

DE MORAES, Maurício Zanóide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro:** análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

DOTTI, René Ariel; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal.** Tomo I. São Paulo: GZ Editora, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica– 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. Versão digital.

GOMES FILHO, Antonio et al. No último 4 de julho do corrente ano, iniciou-se a vigência da nova Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011, alcinhada de “lei das prisões”. **Amamsul**, 2017. Disponível em: http://www.amamsul.com.br/site/images/breves_impressoes.pdf.pdf. Acesso em: 16 de nov. de 2021.

HENRIQUES, Marco Ribeiro; MATOS, Fátima. Trabalho Prisional Como Ferramenta Para Reinserção Social: Estudo Qualitativo Exploratório Com Mulheres No Sistema De Justiça

Português. **New Trends in Qualitative Research**, v. 4, p. 230-246, 2020. Disponível em: <https://publi.ludomedia.org/index.php/ntqr/article/view/43>. Acesso em: 19 de jun. de 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O papel dos indícios nas investigações do ministério público**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/indicio.pdf>> Acesso: 07 nov. 2021.

MORAIS, Luan Zanardy Silva; BARROS, Ricelle Brandão; DE OLIVEIRA, Caio Coêlho. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Revista Sociedade e Ambiente**, v. 2, n. 1, p. 67-84, 2021. Disponível em: <https://revistasociedadeambiente.com/index.php/dt/article/view/40/38>. Acesso em: 14 de out. de 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva**: a contramão da Modernidade. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAYOL, Rafael Ribeiro. **Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação** in /desafio contemporâneo do sistema acusatório. Ministério Público Federal, ANPR: Brasília, 2018.

REMELLI, Luís Felipe Pantarotto. O JUIZ DAS GARANTIAS NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO. **Intertem@** s ISSN 1677-1281, v. 40, n. 40, 2020. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8868>. Acesso em 07 de nov. de 2021.

TORQUETTI, Caroline Luana. **O inquérito policial no sistema acusatório**: reflexões críticas à luz da Constituição Federal de 1988. Orientador: Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Regional Do Noroeste Do Estado Do Rio Grande Do Sul, 2020.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

VIEIRA, Ariele Alano. **A possibilidade de o juiz converter de ofício a prisão em flagrante em prisão preventiva com o advento da lei n. 13.964/2019**. 2021. Orientador: Prof. Esp. Mateus Medeiros Nunes. Universidade Do Sul De Santa Catarina Ariele Alano Vieira, Santa Catarina, 2021.

O DEVER DE PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA DE DESCENDENTES PARA ASCENDENTES E SUA IRRAZOABILIDADE EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO

ANA CLARA MEIRELLES ROSSI:

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (Toledo-PR).¹⁷

JOSÉ RAPHAEL BATISTA FREIRE¹⁸

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo considerar se o pagamento de pensão alimentícia de descendentes para ascendentes é razoável em casos que encontra-se um abandono afetivo, analisando de maneira teórica e documental o posicionamento doutrinário e jurisprudencial quanto ao assunto. Sem embargos, há um questionamento sobre a razoabilidade dos ascendentes que solicitam de seus filhos uma pensão alimentícia, após haver uma restrição do auxílio financeiro e afetivo quando a prole necessitou. A ponderação será realizada sobre a escassez de legalidade do genitor para recorrer e exigir uma pensão alimentícia, diante da possibilidade de relativização do princípio da solidariedade, posto que há uma ausência de solidariedade e responsabilidade afetiva verificada no descumprimento das obrigações inerentes ao papel desempenhado em relação ao filho e recusa a assistência aos filhos.

Palavras-chave: abandono afetivo; alimentos; direito de família; princípio da solidariedade; responsabilidade afetiva.

ABSTRACT: The main purpose of the work is consider whether the payment of child support from descendants to ascendants is reasonable in cases where there is an emotional abandonment, analyzing the doctrinal position and jurisprudence on the subject. No embargoes, there is a questioning about reasonableness of the ascendants who request alimony from their children, after there is a restriction of financial and emotional support when the offspring needed it. Weighting will be performed on the scarcity of legality of the genitor to appeal and demand alimony in view of the possibility of relativization of the solidarity principle, since there is an absence of solidarity and emotional responsibility seen

¹⁷ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (Toledo-PR). E-mail: aanacrameirelles@gmail.com

¹⁸ Mestre em Gestão de Cooperativas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Direito Processual Civil da Graduação e Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Toledo. Advogado.

in the failure to fulfill the obligations inherent to the role performed in relation to the child and the refusal to care for the children.

Key-words: affective abandonment; alimony; emotional responsibility; family law; solidarity principle.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo visa realizar uma apreciação quanto a possibilidade de ascendentes solicitarem judicialmente uma pensão alimentícia a seus descendentes, nos casos em que os genitores descumpriram com suas obrigações legais ao ausenta-se afetivamente da vida de seus filhos.

Inúmeras decisões estão envolvendo esta questão, havendo um questionamento acerca da obrigação da prole necessitar prestar o pagamento da pensão aos pais, ao haver uma negativa de afetividade parental, podendo citar o a Apelação Cível de nº 70052315843, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, de 2014, de relatoria de João Batista Góes Ulysséa, julgado pelo inconformismo do requerimento do genitor em relação ao filho, ao haver o descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar.

Conforme será abordado, com uma interpretação extensiva do Código Civil, da Lei de Alimentos, a apreciação de entendimentos de doutrinas clássicas do Direito da Família, Direito Civil e Direito Processual Civil, dentre eles Yussef Said Cahali, Flávio Tartuce, Maria Berenice Dias e Maria Helena Diniz, além da observância e estudo de jurisprudências, artigos científicos e demais obras relacionadas ao assunto proposto, poderá ser realizado uma ampliação do texto da norma e, ponderar sobre a obrigação da pensão alimentícia não ser apenas de ascendente para descendente, sendo possível a disposição da pensão inversa.

Possui grande relevância destacar que a presença física dos progenitores é importante para a evolução pessoal dos filhos de forma saudável e estruturada. Contudo, é imprescindível lembrar que há alguns progenitores que não são presentes na vida dos filhos, abandonando-os e, conseqüentemente, acarretando muitas dificuldades, materiais ou psicológicas.

Assim, acerca dos efeitos que a ausência afetiva reproduz na vida de seus descendentes, o presente trabalho elucidará a responsabilidade afetiva perante o filho, demonstrando as implicações que ocasionam na vida daquele que sofre o abandono, além dos resultados decorrentes de sua omissão.

Nessa ótica e para melhor entendimento do trabalho, foi dividido em cinco sessões, possuindo cada um deles uma abordagem mais detalhada, sendo necessário tecer comentários sobre a pensão alimentícia de descendentes para ascendentes, a

responsabilidade afetiva, o Princípio da Solidariedade, utilizado como conexão entre abandono parental e o dever de pagar quando há uma negativa de afetividade, a conceituação de abandono afetivo e a abordagem utilizada pelos tribunais, concluindo com a análise do dever dos descendentes em pagar a pensão diante da negativa de afetividade parental. Assim, o intuito é garantir a compreensão sobre o assunto, sendo apresentados conceitos e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Em suma, a explanação e compreensão do tema abordado tem por objetivo aclarar e demonstrar os reflexos e consequências dos atos dos pais, para a exigência de um auxílio posterior, valendo-se da metodologia teórico e documental, através de entendimentos jurisprudenciais, doutrinários e normais legais.

2. PENSÃO ALIMENTÍCIA DE DESCENDENTES PARA ASCENDENTES

A pensão alimentícia é uma prestação, onde há um valor pago por alguém de forma regular, ou definitiva, para assegurar a preservação e bem-estar do indivíduo que necessita dela (TARTUCE, 2019). No mesmo sentido, Orlando Gomes (2008) delibera que alimentos são prestações que possuem como intuito satisfazer as necessidades vitais daquele que não consegue supri-las por si.

Yussef Said Cahali (2006, p. 26) relata que "dizem-se pensões alimentícias regulares, ou definitivas, aquelas estabelecidas pelo juiz ou por intermédio de um acordo das próprias partes, com prestações periódicas, de caráter permanente, ainda que sujeitas a eventual revisão". Corresponde, então, a um direito assegurado por lei, nos artigos 1.694 a 1.710, do Código Civil de 2002, sendo discutido por inúmeros doutrinadores. Dentre eles, o Silvio Rodrigues (2004) disserta que:

alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou em espécie, para que possa atender as necessidades da vida. A palavra tem conotação muito mais ampla do que na linguagem vulgar, em que significa o necessário para o sustento. Aqui, trata-se não só do sustento, como também de vestuário, habitação, assistência médica em caso de doença, enfim, de todo o necessário para atender às necessidades da vida; e, em se tratando de criança, abrange o que for preciso para sua instrução.

Adotando uma apreciação mais ampla, os alimentos devem possuir um conceito de patrimônio mínimo, onde abrangem as necessidades imprescindíveis das pessoas, sendo destaque do caso a subsistência da dignidade por meio de fatores como alimentação, moradia, saúde, entretenimento, vestuário, dentre outros (FACHIN, 2001).

Essencialmente, cabe abordar que aquele que é desprovido de condições poderá exigir a pensão aos seus familiares quando não tiver bens suficientes para seu sustento, não conseguindo se manter sozinho, contudo, sem haver uma limitação do necessário ao sustento da pessoa que deve assumir a responsabilidade, estando transcrita a afirmação no artigo 1.695 (BRASIL, 2002). Em outras palavras, o valor será fixado em conformidade com as necessidades de quem necessita e do montante disponível do obrigado, como descrito no §1º e §2º, do artigo 1.694, do Código Civil e pelo doutrinador Paulo Nader (2016, p. 532).

Vale dispor que, de acordo com entendimento do doutrinador Hugo de Brito Machado(2007), a pensão não se confunde com renda, não se caracterizando como acréscimos patrimoniais, sendo considerado, desta forma, apenas uma prestação realizada no intuito de arcar com as necessidades do alimentado, o qual não possui condições de satisfazê-lo, sendo, ainda, este apontamento afirmado pelo doutrinador Youssef Said Cahali (2007, p.18) como: "Alimentos são, prestações devidas, feitas para que aqueles que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física como intelectual e moral".

Não obstante, encontra-se inúmeros casos onde as demandas são dos filhos em relação aos pais. Contudo, parentes, cônjuges, companheiros e até mesmo a pensão alimentícia inversa (cobrados de pais em relação aos seus filhos) podem igualmente exercer o direito e ajuizar uma ação para requerer alimentos uns aos outros, como consta nos artigos 1.694 e 1.696 do Código Civil:

art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (BRASIL, 2002).

A responsabilidade desta obrigação pode ser discutida a partir de um acordo entre as partes ou através de uma determinação judicial, a qual fixará o valor. Essa quantia buscará auxiliar o indivíduo necessitado, garantindo seu sustento, moradia, educação, saúde, entre outros. Cristiano Chaves Farias (2011, p. 15) posiciona-se sobre o assunto da seguinte forma:

nessa ordem de ideias, a concepção jurídica de prestação de pensão alimentícia pode se configurar como o necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores

necessários para uma vida digna. Por óbvio se incluem tanto as despesas ordinárias, como alimentação, habitação, assistências médica, vestuário, educação cultura e lazer quanto as despesas extraordinárias, envolvendo, por exemplo, gastos em farmácias, vestuário escolar, provisão de livros educativos.... Somente não estão alçados os gastos supérfluos ou luxuosos e aqueles decorrentes de vícios pessoais.

De maneira mais abrangente, os alimentos não possuem um valor fixo disposto na legislação ou entendimento pacificado em jurisprudência. Assim, há casos em que é possível um acordo e contribuição mútua entre as partes, onde ambos convencionam um valor considerado razoável para satisfazer as necessidades do indivíduo, de maneira consensual. No entanto, nem todos os envolvidos conseguem resolver este conflito amigavelmente e, eventualmente, necessitam buscar procedimentos legais, regido na Lei Especial nº 5.478 (Lei de Alimentos) e no Código Civil, sendo necessária a intervenção do Estado-Juiz, após iniciativa da parte interessada, como disposto no artigo 2º do Código de Processo Civil.

Após a movimentação, caberá ao juiz apreciar a vida financeira dos envolvidos e examinar suas necessidades, pelos meios de provas utilizados. Fabiana Marion Spengles, disserta sobre o assunto, elucidando que:

os alimentos são aqueles já estabelecidos, seja por ato judicial, através de sentença, seja por acordo entre as partes, e que deverão ser pagos, através de prestações sucessivas, podendo estar sempre sujeitos a ação revisional, tanto para diminuir, quanto para majorar o quantum determinado (SPENGLES, 2002, p. 23).

Assim, após a análise, é estipulado uma quantidade pelo juiz, que possa ser suportada pela parte requerida, a partir da renda salarial. Nesse sentido, Maria Berenice Dias (2015, p.603) elucida que, o quantum dos alimentos será ordenado a partir do vínculo obrigacional entre alimentante e alimentado, além da apreciação do trinômio da possibilidade do alimentante, necessidade do alimentado e proporcionalidade/razoabilidade entre os indivíduos. Neste viés, a doutrinadora ora mencionada explica que:

o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom-senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a ele nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito,

segue de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico (DIAS,2015, p. 605).

Além da observância do caso concreto de cada envolvido e disposição do trinômio, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entende que é possível uma fixação do valor da pensão em 30% (trinta por cento), com base no salário mínimo, incluindo ainda o 13º (décimo terceiro) salário, uma vez que a legislação possui uma lacuna na disposição sobre a fixação do valor da pensão alimentícia. É o que se vê, por exemplo, no Recurso de Apelação Cível nº 1465736 PR, julgado em 2009, de relatoria do Desembargador Ivan Bortoleto, onde se decidiu “fixar o valor da pensão alimentícia, definitivamente, em 30% (trinta por cento) dos rendimentos do alimentante (bruto menos descontos obrigatórios), inclusive o 13º Salário”. Em conformidade com o disposto na apelação citada, há a Apelação Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 24/09/2009, onde a Desembargadora Maria Elza realiza a relatoria, o qual discorre:

DIREITO DE FAMÍLIA. ALIMENTOS. TRINÔMIO POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE, NECESSIDADE DO ALIMENTADO E PROPORCIONALIDADE. O critério jurídico para se fixar o montante que deve ser pago a título de pensão alimentícia é a conjugação proporcional e razoável da possibilidade econômica do requerido e da necessidade do requerente, nos termos do que prescreve o artigo 1.694 do Código Civil de 2002. Neste diapasão, demonstrada a necessidade da requerente e a capacidade dos obrigados, hão de serem fixados os alimentos proporcionalmente. (TJ-MG 102310811456180011 MG 1.0231.08.114561-8/001(1), Relator: MARIA ELZA, Data de Julgamento: 24/09/2009, Data de Publicação: 08/10/2009).

Vale advertir que tal entendimento não é adotado como regra, apenas como parâmetro para direcionamento, para auxiliar o operador do direito, uma vez que incidirá na determinação a situação financeira do alimentante e do necessitado, podendo outro valor ser estipulado (ROSA, 2016).

A partir do aludido, pode-se analisar que o trinômio da necessidade-proporcionalidade-razoabilidade está presente no âmbito jurídico durante anos, sendo possível encontrá-lo até em julgados atuais, utilizado como parâmetro para análise dos casos, como exemplificado pelo Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Paraná, de 13/10/2021, possuindo como relator o Desembargador Sergio Luiz Kreuz:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA C/C PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA MODALIDADE DE GUARDA.

DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO A QUO QUE MANTEVE O VALOR DOS ALIMENTOS PROVISÓRIOS PACTUADOS EM ACORDO EM 42% DO SALÁRIO MÍNIMO DEVIDOS PELO GENITOR AO FILHO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 50% DAS DESPESAS DO ALIMENTADO. IRRESIGNAÇÃO DO ALIMENTANTE. PLEITO PELA REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTAR PARA O IMPORTE DE 30% DO SALÁRIO MÍNIMO E EXCLUSÃO DO PAGAMENTO DE METADE DAS DESPESAS MENSAS – IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADES DO ALIMENTADO QUE SÃO PRESUMIDAS POR SE TRATAR DE CRIANÇA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.699 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE DÍVIDAS QUE NÃO SÃO HÁBEIS A JUSTIFICAR A REDUÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. MERA ALEGAÇÃO DE QUE A GENITORA USUFRUI DE MELHORES CONDIÇÕES FINANCEIRAS. DECISÃO AGRAVADA QUE OBSERVOU O TRINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE-PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Distendendo sobre os alimentos, o artigo 229 da Constituição Federal traz a obrigação de pensão alimentícia inversa, descrevendo como um dever dos filhos maiores o amparo dos pais nas hipóteses de velhice, carência ou enfermidade. Dessa forma, nota-se que o cabimento da pensão não é um direito privado aos filhos, sendo um direito recíproco entre os familiares descritos em lei, como os pais e avós (pensão avoenga) também garantidos por este direito (BRASIL, 1988). Tal informação possui embasamento nos supracitados artigos 1.694 e 1.696, do Código Civil, sendo fundamentado que há necessidade de auxílio por parte dos filhos ou netos, havendo necessidade de comprovar o verdadeiro carecimento de ajuda.

Versa, então, quanto a uma responsabilidade essencial e direta para o mantimento e saúde do dependente, sendo uma obrigação da família assegurá-lo. A partir disso, Youssef Said Cahali conceitua da seguinte forma:

quando se pretende identificar como alimentos aquilo que é estritamente necessário para a manutenção de vida de uma pessoa, compreendendo tão somente a alimentação, a cura, o vestuário, a habitação, nos limites assim do necessarium vitae, diz-se que são alimentos naturais; (CAHALI, 2006, p.18).

Averigua, então, que o pagamento dos alimentos pode ser efetuado a partir do acordo entre os envolvidos, referente aos valores e formas de valor, sendo assim de maneira amigável, com observância da autonomia privada. Contudo, diante da impossibilidade de uma convenção de vontades, deve-se recorrer ao Estado-Juiz, para o

devido auxílio, com o amparo do Código Civil, a Lei de Alimentos, jurisprudências e utilização do parâmetro do trinômio necessidade-proporcionalidade-razoabilidade.

3. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A ação de alimentos reverencia o Princípio de Solidariedade, onde há uma reciprocidade entre familiares (OLIVEIRA; MUNIZ, 1999). Sobre essa solidariedade familiar, o doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama ensina que diante de uma conexão de natureza familiar, os integrantes envolvidos são reciprocamente credores e devedores de alimentos (GAMA, 2003, p. 104). Observa-se, dessa forma, que se aborda uma obrigação de natureza mútua, como aborda o artigo 1.698, do Código Civil (2002).

De acordo com entendimento de Rolf Madaleno (2013) a solidariedade auxilia no sustento dos vínculos familiares, além da cooperação mútua nos momentos em necessários.

Maria Berenice Dias (2009) e o doutrinador Casali (2006) compartilham do posicionamento, dissertando que todo indivíduo possui a obrigação de manter a igualdade e reciprocidade nas ações com seus semelhantes. Além disso, relatam que a solidariedade abordada no princípio se constitui em um elemento integrador no Direito da Família. Tal componente pode ser encontrada no artigo 1.696 do Código Civil (2002), além de constar na Constituição Federal, dispondo sobre o dever mútuo entre ascendentes e descendentes de assistência.

Carlos Roberto Gonçalves (2020) ensina que entre pais e filhos, cônjuges e companheiros não se fala obrigatoriamente em obrigação alimentar, mas sim em um dever familiar de assistência recíproca, havendo como fundamento o princípio da solidariedade familiar. Ainda, entende que há uma existência de obrigação natural, ressaltando que:

o dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no officium pietatis, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural (GONÇALVES, 2020, p. 441).

Assim, o dever de assistência possui como base o princípio da solidariedade entre os consanguíneos, tanto em aspectos materiais quanto morais. Isso é, o indivíduo que

contribuiu ao sustento e criação de seu parente tem a possibilidade de requerer um amparo quando observada a necessidade ao auxílio (BEZERRA, 2020).

A partir disso, a aplicação do princípio de solidariedade fornece ao intérprete jurídico uma diretriz adequada de condutas, com o objetivo de solucionar problemas de difícil resolução, sendo basilar não apenas em questões patrimoniais, mas auxiliando no prisma afetivo e psicológico (MACHADO, 2006), sendo essa orientação utilizada em casos atuais, como o observado na Apelação Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina número 70052315843, de 2014, de relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROMOVIDA PELO PAI EM DESFAVOR DO FILHO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. GENITOR QUE NÃO MANTÉM CONTATO COM OS FILHOS HÁ TRINTA ANOS. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. FATO SUPERVENIENTE. AUTOR DIAGNOSTICADO COM HIV/AIDS. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. FALTA DE PROVA DA NECESSIDADE DOS ALIMENTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Não tem direito a alimentos o genitor que se revela capaz de prover as suas próprias necessidades. A solidariedade familiar não é absoluta, na hipótese de o pai ter se afastado da família e dos filhos, quando estes contavam apenas dois anos de idade, sem prestar-lhes qualquer tipo de assistência emocional, afetiva, financeira ou educacional, e, após três décadas, reaproximar-se deles para pleitear alimentos. "O mero fato de ser portador do vírus HIV não é por si só incapacitante, sendo controlável, bastando que a pessoa tome a medicação e observe uma vida regrada." (TJRS; Apelação Cível n. 70052315843, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 17-12-2012)

(TJ-SC-AC:20130078814 SC 2013.007881-4 (Acórdão), Relator. João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 25/06/2014. Segunda Câmara de Direito Civil Julgado)

Nota-se, então, que deve haver uma prestação de assistência mútua, sendo definitivamente uma obrigação dos indivíduos. Assim, os progenitores devem auxiliar seus pais, por haver uma reciprocidade e solidariedade nas ações, após os ascendentes o sustentarem, como analisa Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery (2004). A partir do elencado, percebe-se que para o direito ser garantido, é importante a reciprocidade nas ações.

4. RESPONSABILIDADE AFETIVA

Para abordar sobre a responsabilidade afetiva, é necessário entender a abrangência do afeto na família contemporânea. A legislação, tanto o Código Civil, quanto a Constituição Federal abordam sobre a relevância do afeto para uma relação entre pais e filhos e o quão é imprescindível para a criação e desenvolvimento do indivíduo. Desta forma, Silva (2000, p. 123), discorre sobre a notoriedade do convívio familiar, dissertando que: "o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuidar da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar".

É possível perceber que o afeto reproduz intimamente as questões relacionadas ao cuidado, carinho e respeito voltado a alguém, havendo ligação com a interação humana (TARTUCE, 2014). Como abordado no próprio Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, a expressão afeto denota: "Aquilo que age sobre um ser: a sensação é um afeto elementar", tratando-se de um estado psicológico, que implica inúmeros efeitos sobre uma pessoa, podendo ser positiva ou negativa.

Assim, seguindo essa denominação, o afeto refere-se ao conhecimento alcançado a partir da experiência e interação com as partes envolvidas, não sendo restringida apenas pelo contato físico com outras pessoas e afetando as relações com outros seres e o processo de aprendizagem (RODRIGUES, 2013).

É de tamanha importância a afetividade no desenvolvimento pessoal e nas relações existentes que foi privilegiado um princípio próprio para discorrer-lo, o qual introduz que:

o princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito mostrando-se uma forma aprazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa (PONTES, 2014).

Contudo, é necessário ressaltar que cuidado e amparo não se confundem necessariamente com o amor. De acordo com os ensinamentos de Tartuce (2014), a afetividade encontra-se vinculada às interações entre as pessoas, podendo ter cargas negativas ou positivas na vida de uma pessoa, mesmo ambas estando presentes nas relações familiares.

Com base na Constituição Federal, o afeto possui uma importância jurídica agregada ao princípio da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1998), sendo de valor essencial a vida de uma pessoa, sendo reconhecido que o pai possui a tarefa imprescindível de educar e contribuir com o processo de desenvolvimento psíquico de sua prole (AZEVEDO, 2013).

Conforme os ensinamentos de Rolf Madaleno (2013) a assistência parental não se esgota apenas com o pagamento de alimentos, sendo imprescindível a afetividade e relação, para assegurar a dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, inciso II, da Constituição Federal (1998). Assim, nota-se que não é suficiente a realização de um dever material e financeiro para o auxílio da formação do filho, sendo dever dos genitores conceder uma relação a prole, sustentando-o material e afetivamente.

Partindo dessa linha de raciocínio e somando-se aos ensinamentos mencionados acima, a omissão para realizar um dever intrínseco ao papel dos pais acarreta da mesma forma a obrigação de reparar a lesão causada (GONÇALVES, 2011), uma vez que a ausência de responsabilidade afetiva, em que ocorre uma rejeição do genitor a proporcionar um contato paterno ao seu filho ocasiona inúmeras consequências (CAVALIERI FILHO, 2014). Poli e Viegas (2013, p. 80) afirmam que:

o abandono afetivo configuraria ato ilícito por ser o afeto um princípio, portanto, um dever jurídico imposto ao pai frente aos filhos menores. Aquele que deixa de cumprir tal imposição está descumprindo um preceito legal. E tal violação aliada aos demais pressupostos, possibilitaria a condenação do infrator à indenização por dano moral.

Souza (2010, p. 119) conclui em seu posicionamento sobre os efeitos do abandono na vida de quem as teve, sendo observável que a pessoa pode apresentar deficiências em suas interações pessoais, consequências psicológicas analisáveis, além de distúrbios de comportamento e problemas escolares e de saúde, adicionando ainda que:

a dor psicológica de não ser querido e cuidado por quem se espera que demonstre tais sentimentos e atitudes, naturalmente, é capaz de desmoronar o ser em formação e a lógica (tão ilógica) que permeia suas indagações mais íntimas. É o querer saber por que “todos têm” um pai presente, e somente ele não, é generalizar que seus amigos são amados por seus pais e que estes os têm com as melhores expectativas para o futuro. Mas que o seu caso é “abandono premeditado”, por não ser digno, por exemplo de ser amado. As consequências são distúrbios de comportamento, como baixa autoestima, problemas escolares, de relacionamento social e sensação de perda de uma chance, mesmo que ilusória, de ser

completo e mais feliz. Isso não se contando o abandono material e suas carências para a vida do filho, o que geralmente é o que acontece.

A partir disso, Carlos Roberto Gonçalves pontua a existência de elementos fáticos que configura o dever de responsabilização, sendo eles: a ação ou omissão do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima, além do elemento culpa ou dolo, que podem em casos excepcionais ser dispensados (GONÇALVES, 2007).

Adiciona-se ainda o posicionamento de Valéria Galdino Cardin (2012, p. 239), a qual disserta que:

realmente, o afeto não é algo que pode ser monetizado, contudo, a falta acarreta inúmeros danos psicológicos a uma criança ou adolescente, que se sente rejeitado, humilhado perante os outros amigos em que os pais são presentes, dentre outras situações. É obvio que esta criança ou adolescente terá dificuldade de se relacionar no futuro. Logo, a indenização teria como proporcionar que esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual etc.

Pode-se reparar, desta forma, que mesmo o afeto não possuindo um valor exato, o intuito da indenização por sua ausência é reparar um dano psicológico causado à prole, sendo proporcionado ao descendente uma reparação psicológica e moral.

Todavia, mesmo não sendo o objeto central do estudo a indenização pela ausência de responsabilidade afetiva, mostra à sociedade que a abstenção da afetividade parental acarreta prejuízos ao filho desamparado.

5. ABANDONO AFETIVO

Para iniciar o capítulo de abandono afetivo e suas inúmeras consequências psicológicas advindas da ausência familiar, é importante salientar que o desamparo não se justifica apenas com a ausência física dos pais, mas é considerado um conceito muito mais amplo para estudo, uma vez que há o desamparo compreendido pela presença exercida de maneira negligente. Consoante ao entendimento de Maria Berenice Dias (2016):

o conceito atual de família é centrado no afeto como elemento agregador, e exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade. A enorme evolução das ciências psicossociais escancarou a decisiva influência do contexto familiar para o

desenvolvimento sadio de pessoas em formação. Não se pode mais ignorar essa realidade, tanto que se passou a falar em paternidade responsável. Assim, a convivência dos pais com os filhos não é um direito, é um dever. Não há o direito de visitá-lo, há a obrigação de conviver com eles. O distanciamento entre pais e filhos produz sequelas de ordem emocional e pode comprometer o seu sadio desenvolvimento. O sentimento de dor e de abandono pode deixar reflexos permanentes em sua vida.

Carlos Roberto Gonçalves (2020) conceitua que ao constituir uma família e gerar filhos, não basta deixá-los crescer e os alimentar, sendo obrigação dos ascendentes educar e garantir sua guarda, sustento, saúde, moradia e desenvolvimento pessoal positivo. Dessa maneira, o compromisso de exercer a paternidade responsável não se resume apenas ao auxílio material ao filho, sendo necessário ainda garantir o direito descrito na Constituição Federal, em seu artigo 227, de convívio familiar, cuja recusa pode provocar transtornos de ordem psicológica. Embasando-se nisso, o Poder Judiciário atua para que o poder familiar seja exercido realizando-se essas obrigações. Maria Berenice Dias (2009) conceitua que:

dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Corroborando com o assunto, Bastos e Luz (2008) se posicionam, descrevendo que a negativa de afetividade pode ser caracterizada pelo comportamento omissivo e contraditório de quem possui o dever de exercer uma função afetiva na vida do filho. Sendo assim, conforme o Código Civil (2002), os direitos constitucionalmente garantidos a prole são violados no momento em que há uma desatenção, o descaso e a ausência de quem possui a obrigação de participar da criação do descendente.

Vale lembrar que o desamparo material está ligado ao afetivo, uma vez que retirado o direito a dignidade humana, ausentes a garantia de saúde, educação, vestuário e entretenimento vindos dos pais, pode influenciar diretamente no psicológico da prole (DIAS, 2016). Assim, é fundamental que o filho seja mantido em um espaço seguro, sadio e aceito pelos pais, sendo respeitado e cercado de atenção e cuidado, para que assim o psicológico da prole não seja abalado, facilitando no desempenho escolar e futuro relacionamento com outras pessoas (NADER, 2010)

Hamada (2013), posiciona-se sobre a seriedade do afeto e as implicações de sua ausência, o qual leciona que:

proteger o instituto da convivência e dos cuidados paterno-filial é proteger a própria dignidade humana, respeitando a afetividade e assegurando que através da indenização o autor do abandono afetivo não ficará impune, pois se não se pode obrigar um pai a amar seu próprio filho, pelo menos é possível condená-lo à reparação civil pelo descumprimento de seus deveres intrínsecos à paternidade e por violarem dispositivo constitucional, agindo, assim, ilicitamente.

Assim, o abandono atinge não apenas a prole, mas também o Poder Judiciário, que possui o dever de atuação para garantia das obrigações inerentes ao poder familiar, uma vez que se tem violado o princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da afetividade (TARTUCE; SIMÃO, 2010). Gonçalves (2007, p.373) no mesmo sentido dispõe que:

deixar o filho em abandono – prevê o art. 227 da Constituição Federal que a criança e o adolescente têm direito “à convivência familiar e comunitária”. O abandono priva o filho desse direito, além de prejudicá-lo em diversos sentidos. A falta de assistência material coloca em risco a sua saúde e sobrevivência, mas não constitui a única forma de abandono. Este pode ser também moral e intelectual, quando importa em descaso com a educação e moralidade do infante. O Código Penal, visando reprimir as diversas formas de abandono de filho, prevê os crimes de “abandono material” (CP, art. 244), “abandono intelectual” (art. 245), “abandono moral” (art.247), “abandono de incapaz” (art. 133), “abandono de recém-nascido” (art. 134)

Ainda nesse posicionamento, Souza aborda que o abandono acarreta em prejuízos psicológicos a prole, comprovadas a partir de laudos periciais em inúmeros casos, sendo então possível a indenização referente ao abandono, ressaltando que:

os pedidos indenizatórios com fulcro no abandono afetivo existem porque a dor pode não ser palpável, mas é real. As sequelas são provadas por laudos periciais de especialistas: psicólogos, assistentes sociais, entre outros; provas documentais, como boletins escolares e fotografias; depoimentos de testemunhas, além de interrogatório minucioso do juiz competente.

Partindo dessa premissa, é necessário ressaltar que o posicionamento majoritário de doutrinadores e jurisprudências aprecia o fato do desamparo afetivo ocasionar prejuízos ao filho. Exprime, assim, que inúmeros Tribunais observam o desmazelo afetivo como uma omissão de comportamento, sendo possível analisar diversos traumas advindos da ausência. Como exemplo, há posicionamento proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça, na ementa do Recurso Especial número 1.087.561, do Rio Grande do Sul, de 2017:

Recurso Especial. Família. Abandono Material. Menor. Descumprimento do dever de prestar assistência material ao filho. Ato ilícito (CC/2002, ARTS. 186, 1.566, IV, 1.568, 1.579, 1.632 E 1.634, I; ECA, ARTS. 18-A, 18-B E 22). Reparação. Danos Morais. Possibilidade. Recurso Improvido.

1. O descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002.
2. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
3. Recurso especial improvido.

(STJ - REsp: 1087561 RS2008/0201328-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 13/06/2017, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/08/2017)

É possível ainda trazer ao conhecimento a decisão do Superior Tribunal de Justiça, de 2012, através do Recurso Especial número 1.159.242-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, trouxe um posicionamento negativo ao abandono afetivo, afirmando que a recusa ao cuidado e assistência moral é prejudicial a prole e evidencia que:

indiscutível o vínculo não apenas afetivo, mas também legal que une pais e filhos [...], destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio psicológico da criança.

Ainda, soma-se o posicionamento do magistrado Mário Romano Maggioni, que durante uma sentença ajuizada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no processo nº 1.030.012.032-0, de agosto de 2003, afirmou que o dever de cuidar, proteger, sustentar e conviver com o filho é apenas uma das parcelas referentes a paternidade. Ressalta também que:

aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos (art. 22 da lei nº 8.069/90). A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a presença do pai ajude no desenvolvimento da criança.

Portanto, é observável que os tribunais superiores reconhecem a importância de reconhecer que o abandono afetivo gera danos psicológicos, salientando ainda a obrigação dos ascendentes de afeto para a evolução saudável da prole (DIAS, 2016).

6. DEVER DE PAGAR DIANTE DA NEGATIVA DE AFETIVIDADE PARENTAL

Carlos Roberto Gonçalves (2020) conceitua que o poder familiar possui uma reunião de deveres conferidos aos pais, os quais devem ser cumpridos em relação aos filhos, sendo alguns exemplos a assistência material e moral, além do direito a convivência familiar. Colaborando com esse posicionamento, Dias (2017, p. 377) relata que:

não se trata do exercício de uma autoridade, mas de um encargo imposto por lei aos pais. O poder familiar é sempre trazido como exemplo da noção de poder-função ou direito-dever, consagradora da teoria funcionalista das normas de direito das famílias: poder que é exercido pelos genitores, mas que serve ao interesse do filho.

Assim, é evidente que a ausência do antecessor na vida dos filhos acarreta grande dor e consequência psicológica, pela falta de afeto, cuidado e proteção de seu responsável. De acordo com entendimento do Eduardo de Oliveira Leite (2003, p.13):

toda separação brutal, sem atenuantes, particularmente para uma criança-jovem, é uma situação de alto risco para esta criança, tanto no plano afetivo quanto no plano cognitivo e somático; por isso, o direito positivo desenvolveu, atualmente, instrumentos que permitem manter as relações pais-filhos após a separação, qualquer que tenha sido a causa.

Dado o exposto e observando o princípio da solidariedade e da reciprocidade, deve-se haver uma mutualidade nas ações, onde todos os membros de uma família respeitam

suas obrigações e deveres perante uns aos outros (QUARANTA, 2013). Seguindo essa premissa, Maria Berenice Dias (2016) disserta sobre a solidariedade nas ações entre pais e filhos, dispondo que em casos de o genitor não exercer seu papel familiar, auxiliando nos direitos, necessidades e assistência moral e afetiva de seu filho, deverá o princípio ser relativizado, sendo o direito de exigir o recebimento de pensão alimentícia caso necessite posteriormente negado diante de sua anterior recusa dos deveres.

Infere-se que quando há conflito na reciprocidade de ações, onde o genitor não cumpriu anteriormente com seus deveres, o descendente pode se encontrar no direito de não retribuir algum tipo de auxílio, uma vez que não houve essa mutualidade de amparo. Dias (2016, p.918) explica ainda que:

com relação aos alimentos decorrentes do poder familiar, não há falar em reciprocidade (CF 229). Porém, no momento em que os filhos atingem a maioridade, cessa o poder familiar e surge, entre pais e filhos, obrigação alimentar recíproca em decorrência do vínculo de parentesco (CC 1.697). Ainda que exista o dever de solidariedade da obrigação alimentar, a reciprocidade só é invocável respeitando um aspecto ético. Assim, o pai que deixou de cumprir com os deveres inerentes ao poder familiar não pode invocar a reciprocidade da obrigação alimentar para pleitear alimentos dos filhos. Expressamente a lei autoriza a cessação do direito a alimentos quando o credor tem um procedimento indigno para com o devedor (CC 1.708 parágrafo único). As claras que o dispositivo não diz somente com o agir indevido dos filhos. Também o pai que age indignamente- por abandonar ou por abusar dos filhos não tem legitimidade para pedir alimentos.

Vale dispor que o ordenamento jurídico, no Código Civil (2002), adota como regra geral o princípio da Solidariedade, não dispondo sobre exceções ou de análise de casos isolados. Contudo, com análise de posicionamentos de julgados e entendimentos de doutrinadores é possível perceber que o Poder Judiciário está evoluindo, demonstrando a possibilidade de haver uma relativização do princípio na obrigação de prestar alimentos. Pode-se dispor como exemplificação, a explicação de Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 551):

já se decidiu que não tem direito de pedir alimentos aos filhos o pai que, embora alegando idade avançada e desemprego e invocando o dever de solidariedade familiar, comprovadamente abandonou a família, sem manter com ela qualquer contato por mais de dezoito anos. Salientou-se que a um dever é uma vida de mão dupla, ou seja, merecer solidariedade implica também ser solidário.

Assim, o abandono parental pode ocasionar a impossibilidade de os pais preitearem uma obrigação alimentar do filho abandonado ao atingir a maioridade, sendo observado uma inconsistência no abandono afetivo realizado pelo genitor durante seus deveres atinentes ao poder familiar (QUARANTA, 2013).

Equiparando ao entendimento doutrinário, encontra-se em inúmeros julgados do país o reconhecimento do pedido indigno do ascendente em vista de seus descendentes. Em 2016, o juiz Cléber de Castro Cruz, na época titular na 16ª Vara da Família de Fortaleza decidiu pela improcedência do pedido de um idoso, que ingressou com uma ação com intuito de receber pensão alimentícia dos filhos. Argumentou no sentido de que:

a obrigação alimentícia cessa se houver por parte do credor procedimento indigno em relação ao devedor e constituem procedimento indigno de pai em relação a seus filhos as situações elencadas na Lei Civil por descumprimento aos deveres inerentes à paternidade (artigo 22, do ECA), dentre eles o abandono, material ou afetivo (artigo 1.638, CC). Tais situações legitimam a recusa à prestação alimentar de filhos em relação a seus pais, especialmente as que importem em abandono.

Além do supramencionado, há também uma Apelação Cível semelhante no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, tendo como relator o Cesar Loyola, de 2017, no qual a genitora requereu a pensão alimentícia em face de seus filhos, por não conseguir promover seu próprio sustento. Contudo, foi decidido que, em razão da mãe não manter contato algum com os filhos durante décadas, deixando de cumprir qualquer dever legal que possuía em relação a eles, foi alegado o descabimento do pedido, pelo descumprimento do Princípio de Solidariedade e reciprocidade das ações, como exposto abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. RELAÇÃO DE PARENTESCO. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. NÃO CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.1. Trata-se de apelação contra a sentença proferida em ação de alimentos, que julgou improcedente o pedido da genitora, consistente em condenar os requeridos a pagar alimentos.2.[...] 3. O dever dos filhos de prestar alimentos aos pais na velhice fundamenta-se não só no vínculo de parentesco como no princípio da solidariedade familiar. Não tendo a genitora mantido qualquer contato, financeiro ou afetivo, com os filhos por mais de quatro décadas, não pode, agora, valer-se apenas da relação de parentesco para postular algo que nunca ofereceu nem mesmo moralmente aos

filhos. Além do mais, no caso, não restou devidamente comprovada a necessidade da genitora em pleitear alimentos, não merecendo, portanto, provimento o seu pedido. 4. [...] 5. Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão n. 995406, 20160610054187APC, Relator: CESAR LOYOLA 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 15/02/2017. Publicado no DJE: 20/02/2017. p. 321/338).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 2013, em sua Apelação Cível número 00115498920118190204, de relatoria do Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres, possuiu um posicionamento igualitário, considerando o desamparo afetivo um comportamento indigno para os pais pleitearem uma pensão alimentícia de sua prole, veja-se:

apelação cível. Ação de alimentos proposta pela mãe, idosa, em face do filho biológico. Sentença de improcedência, reconhecendo procedimento indigno por parte da autora, consistente no abandono do filho desde a infância. Autora que não se desincumbiu do ônus de comprovar o trinômio

necessidade-possibilidade-proporcionalidade, a amparar o pleito de alimentos. Manutenção da sentença. 1. A obrigação de prestar alimentos nasce da relação natural entre familiares, sendo permitido, nos termos do artigo 1694 do Código Civil que parentes, cônjuges, ou companheiros peçam uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Tal previsão legal possui sua essência no dever de solidariedade que deve existir em todo seio familiar, conforme preconiza o artigo 229 da CF88. 2. A conduta da autora, ao deixar de prestar qualquer tipo de assistência ao seu filho, seja material, emocional, educacional ou afetiva, configura o procedimento indigno previsto no parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil, a afastar a responsabilidade do réu em prestar os alimentos pleiteados na inicial. 3. E mesmo se assim não fosse, convém ressaltar que a autora não logrou êxito em comprovar sua real necessidade em receber os alimentos, e tampouco a possibilidade do réu em prestá-los.

(TJ-RJ - APL: 00115498920118190204 RIO DE JANEIRO BANGU REGIONAL 3 VARA DE FAMILIA, Relator: MARCOS ALCINO DE AZEVEDO TORRES, Data de Julgamento: 26/02/2013. DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2013)

É notável, então, que a conduta anterior do ascendente deve ser analisada pelo sistema jurídico, para que seja estabelecido se há a existência da obrigação de pagar alimentos do descendente para seu ascendente, havendo a relativização de tais deveres e sendo amparado pelos princípios da reciprocidade e solidariedade entre os familiares (QUARANTA, 2013).

Assim, a análise deve ser realizada em relação ao carecimento do genitor de legitimidade para invocar e requerer uma pensão alimentícia, pela ausência de responsabilidade afetiva e solidariedade familiar, uma vez que houve o descumprimento das obrigações inerentes ao papel desempenhado em relação ao filho, por rejeitar qualquer espécie de assistência aos seus filhos (GONÇALVES, 2020).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o conteúdo apresentado, é possível perceber a importância do vínculo afetivo para a formação e desenvolvimento dos filhos, sendo impulsionado pela legislação, no Código Civil e Lei de Ação de Alimentos, que versa sobre a afirmação de que a assistência material e moral são deveres legais de intrínsecos ao papel parental.

Os agravos ocasionados pela rejeição e abandono das crianças têm graves consequências psicológicas para as suas vidas, que podem durar toda a vida, sendo ainda uma violação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Assim, o poder familiar confere aos pais os deveres e o direito de exercerem na relação com a prole, sendo os genitores responsáveis por sua prole, servindo para a sua construção do caráter e personalidade, em virtude de serem como um espelho de atitudes, auxiliando em sua evolução pessoal.

Vale lembrar que a obrigação legal de prestação de assistência, pode possuir o sentido inverso, podendo ser cobrado de ascendente para seus descendentes, como aborda o artigo 1.696 do Código Civil. Tal direito destina-se a auxiliar o progenitor, quando não possui capacidade suficiente para exercer suas funções e deveres sozinho.

Partindo desta premissa, se apoiando no instante em que se encontra a negativa de afetividade parental, há de se reconhecer a grande contribuição trazida pela decisão do Poder Judiciário, como por exemplo na Apelação Cível, número 00115498920118190204, publicada em 2013, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Esse empecilho corresponde ao Princípio da Solidariedade, sendo um fundamento jurídico axial à excelência da afetividade.

Assim, mesmo sendo comprovada a necessidade e a possibilidade do alimentante de ajudar o alimentado, ao juiz será imprescindível analisar todo o caso, levando em conta, também, o Princípio de Solidariedade Familiar não observado pelo pai anteriormente, a

partir do ato inconsequente por parte do ascendente, ao afastar do filho o direito de possuir um amparo no dever de cuidado de seu pai. Por consequência, haverá um carecimento para invocar o direito de pleitear a pensão ao filho.

Em suma, pela concepção de muitos doutrinadores, como Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Maria Berenice Dias, Roberta Madeira Quaranta e Carlos Roberto Gonçalves, além do auxílio das normas legais supracitadas, mesmo os pais possuindo a necessidade de auxílio, deve-se levar em conta as atitudes do mesmo com suas responsabilidades perante o filho no passado, não sendo justa a cobrança de uma obrigação que ele não cumpriu quando devia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Dayane Domingues, NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki. Aspectos gerais sobre a pensão alimentícia. **Revolução na Ciência – Ciências e Profissões em Transformação**, v.5, n.5, p.1-19, 2009. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2579/2246>. Acesso em: 24 maio 2021.

AZEVEDO, Laura Maciel Freire de. Abandono afetivo: do foco do problema a uma terceira solução. **Revista da Esmape**. Recife: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. v. 14. n. 30. p. 247/278, jul-dez/2009. Disponível em: <http://www.jdsupra.com/documents/3e355834c2a5-4cac-9cbe16ef6bea8c53.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BASTOS, Eliane Ferreira; LUZ, Antônio Fernandes da. **Família e Jurisdição II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. **Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968** - Ação de alimentos. Brasília, DF: Planalto, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm. Acesso em: 02 jun. 2021

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Planalto, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 29 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.087.561, da Recorrente: R. A. de M.** Recorrido: F. da S. de M. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 jun. 2017. Segredo de Justiça. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0/inteiro-teor-490422312>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.159.242**. Recorrente: Antonio Carlos Jamas dos Santos. Recorrido: Luciane Nunes de Oliveira Souza. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>> Acesso em 25 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Apelação Cível nº 20160610054187**. Segredo de Justiça. Relator: Desembargador César Loyola. Brasília, 15 fev. 2017. Disponível em <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0525.08.149848-3/001**. Recorrente: H. R. B. Recorrido: G. F. B. Relatora: Desembargadora Maria Elza. Porto Alegre, 03 set. 2009. Segredo de Justiça. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1124083785/apelacao-civel-ac-10525081498483001-pouso-alegre/inteiro-teor-1124083901>. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de Instrumento nº 0028521-02.2021.8.16.0000**. Segredo de Justiça. Relator: Desembargador Sergio Luiz Kreuz. Colombo, 13 out. 2021. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000017626941/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0028521-02.2021.8.16.0000#>. Acesso em: 21 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Apelação Cível nº 0011549-89.2011.8.19.0204**. Recorrente: Neide Luciano Vieira. Recorrido: Daniel Luciano Vieira. Relator: Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres. Rio de Janeiro, 26 fev. 2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385379795/apelacao-apl-115498920118190204-rio-de-janeiro-bangu-regional-3-vara-de-familia/inteiro-teor-385379801>. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação cível nº 70052315843**. Recorrente: J. B. F. Recorrido: A. D. G. F. Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa. Florianópolis, 26 jun. 2014. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25206513/apelacao-civel-ac20130078814-sc-2013007881-4-acordao-tjsc>. Acesso em: 22 set. 2020.

CAHALI, Youssef Said. **Dos Alimentos**. 5. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

CARDOSO, Ana Lucia Brunetta; TRINDADE, Tiago de Almeida.

Pagamento de pensão alimentícia e o reflexo do abandono afetivo nas relações familiares. **Revista Justiça e sociedade**, Porto Alegre. v. 4. n. 1. p. 221-271. 2019. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ipa/index.php/direito/article/view/770/716>. Acesso em: 20 out. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de família**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CASALI, Guilherme Machado. O princípio da solidariedade e o artigo 3º da constituição da república federativa do brasil. **Revista eletrônica de direito e política**, Itajaí, v. 1, n. 1, p. 220-238, set./dez. 2006. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/guilherme%20%20machado%20casalli%20revista%20de%20direiro.pdf>. Acesso em: 8 set. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. Revista e ampliada. São Paulo, 2014.

CIDADE, Renata Mendes. **Responsabilidade civil pela perda de uma chance no direito civil brasileiro**. 2014. 31 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

CONSTANTE, Danielle Pacheco. **Análise das decisões do tribunal de justiça do estado de Santa Catarina sobre a responsabilidade civil por abandono afetivos nas relações entre pais e filhos**. 2021. 72 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2021. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/14177/4/TCC%20DANI%20R IUNI.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias: de acordo com o novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 3. ed. revista e amplificada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima. Direito de família: pensão alimentícia e tributação. **Scientia Iuris**, Londrina, v.5/6, p. 205-221. 2002. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11184>. Acesso em: 15 ago. 2021.

GAMA, Rafael Nogueira da. Sustento recíproco: pais também podem receber pensão alimentícia de filhos. **Revista Consultor Jurídico**, 19 ago. 2007. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-ago-19/pais_tambem_podem_receber_pensao_alimenticia_filhos. Acesso em: 3 mar. 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 3. ed. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito da família**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

HAMADA, Thatiane Miyuki Santos. O abandono afetivo paterno-filial, o dever de indenizar e considerações acerca da decisão inédita do STJ. **IBDFAM**, 4 fev. 2013. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/872/0+abandono+afetivo+paternofilial,+o+dever+de+indenizar+e+considerações+acerca+da+decisão+inédita+do+STJ>. Acesso em: 12 out. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – além da obrigação legal de caráter material. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, n. 78, p. 119-158, 2006. Disponível em: https://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/os_contornos_juridicos_da_responsabilidade_afetiva.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

KARAM, Adriane Leitão. **Responsabilidade civil: o abandono afetivo e material dos filhos em relação aos pais idosos**. 2011. 75 f. Monografia (Especialização em Direito de Família) - Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de família**. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Tributação capital e trabalho**. 2007. Disponível em: www.hugomachado.adv.br. Acesso em: 14 out. 2021.

MELO, Luana de Souza. **Pensão alimentícia**: características, inadimplência e efeitos legais. 2021. 47 f. Monografia (Graduação em Direito) – UniEvangélica, Anápolis, 2021. Disponível em: <http://45.4.96.19/bitstream/aee/18252/1/Luana%20de%20Souza%20Melo.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Curso de direito de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá Editora, 1999.

PEREIRA, Poliana Alves. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. 2018. 53f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/bitstream/7574/40/3/Responsabilidade%20civici%20por%20abandono%20afetivo%20-%20Poliana%20Alves%20Pereira.pdf>. Acesso em: 21 out. 2021.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. **Revista síntese direito de família**. v. 15. n. 77. p. 69-94, abr./mai. 2013.

QUARANTA, Roberta Madeira; OLIVEIRA, Érica Siqueira Nobre de. A obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos: o dever de reciprocidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 3744, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25429>. Acesso em: 30 ago. 2021.

RODRIGUES, João Gaspar. O princípio jurídico da afetividade no direito de família.

Revista Jus Navigandi, Teresina, n. 3730. 2013. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/25303/o-principio-juridico-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 18 out. 2021.

RODRIGUES, Luiza Claire Lopes. **Dano moral afetivo nas relações familiares:** uma análise relativa às situações de abandono afetivo dos pais sobre os filhos e de alienação parental. 2021. 31 f. Artigo científico (Graduação em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2021. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/prefix/15268/1/Luiza%20Rodrigues%20201501674.pdf>. Acesso em 15 ago. 2021.

ROSA, Vanessa de Castro. A base de cálculo da pensão alimentícia segundo a jurisprudência brasileira. **Boletim Conteúdo Jurídico**, Brasília. n. 421. p. 58-91. 2015. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj054238.pdf/consult/cj054238.pdf#page=59>. Acesso em: 2 out. 2021.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo de filho no Brasil e na Argentina. **Revista IOB de Direito de Família**. v. 11, n. 58, fev./mar. 2010, p. 111-126. Porto Alegre.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Alimentos:** da ação a execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. **Revista Consulex**, Brasília, n. 378. p. 28-29, 2012. Disponível

em: www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201211141217320.ARTIGO_AFETIVIDADE_CONSULEX.doc. Acesso em: 12 set. 2021.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil. Direito de Família**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2010

TEIXEIRA, Ayslan Costa; FERREIRA Kethlyn de Olinda; FERNANDES, Sanny Bruna Oliveira; SANTOS, Lourdes Rosalvo da Silva dos. Como a pensão alimentícia é tratada atualmente no Brasil. **Revista jurídica direito, sociedade e justiça**, Dourados, v. 4, n. 4, p. 1-4, 2017. Disponível em:

<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/1885/1525>. Acesso em: 24 maio 2021.

ZERBINI, Maiara Santana. **Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva por negativa de afetividade parental**. 2014. 69 f. Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2014. Disponível em:

<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1179/TCC%20Finalizado.pdf?ssequenc=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 out. 2021.

A PERÍCIA NOS LUCROS CESSANTES

VIVIAN PAULA COMISSO MACHADO:

Bacharel em Ciências Contábeis, pós graduada em processo civil, pós graduanda em ciências forenses e perícia criminal

Resumo: A Perícia sempre teve um papel importante no direito, pois um terceiro com especialização aplica seu conhecimento de maneira a dirimir as dúvidas as quais serão objetos da lide. Os danos materiais são classificados em Emergentes e Lucros Cessantes, sendo que este artigo tem por objetivo conceituar os institutos de maneira a diferenciá-los e tratar da importância da perícia em determinar a extensão dos lucros cessantes.

Palavras-chaves: Lucros Cessantes. Perícia. Responsabilidade Civil.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca conceituar o instituto dos Lucros Cessantes de maneira a diferenciá-lo do dano material identificando ainda qual a melhor forma de quantificá-lo.

Tais informações poderão subsidiar futuras ações com pedido de indenização por dano material e lucro cessante culminando em procedimento mais célere e preciso, evitando maiores divergências em relação ao quantum indenizatório proporcionando maior debate nas teses de direito.

O tema é novo e caracterizado pela interdisciplinaridade, pois diversas disciplinas podem ser de grande importância ao assunto em tela no momento de calcular sua extensão. Desta forma, inicialmente diferenciaremos os institutos do Lucro cessante e do dano material para facilitar a compreensão do assunto.

1. DANO MATERIAL

O Dano Material é a definição genérica do prejuízo ou perda que atinge diretamente o patrimônio da vítima causado por um ato ilícito, sendo dividido por duas espécies: o dano emergente e o lucro cessante.

Para a caracterização do dever de indenizar a vítima do dano é necessário identificar alguns elementos, sendo eles: a prática de um ato ilícito e um nexo causal entre a conduta do agente e o dano efetivo ao bem tutelado.

O artigo 186 do CC traz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que

exclusivamente moral, comete ato ilícito.”. Tal dispositivo traz a definição do que seria o ato ilícito, definindo que não é necessário que seja praticado um ato criminoso para configurar o dever de indenizar, mas que é ato ilícito qualquer ato que cause o dano.

Ao observar a prática do ato ilícito causando um dano a terceiro e havendo nexo entre a conduta do autor e este respectivo dano estão presentes todos os requisitos para a responsabilidade civil que se materializa no dever de indenizar a vítima.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil poderá ser objetiva, em casos específicos em que há dispensa do elemento culpa do autor na conduta para configuração do dano.

Estas são situações especiais que devido o risco de uma atividade ou ação, uma imposição da lei visando proteger a parte mais vulnerável, mesmo não havendo a negligência, a imprudência ou imperícia por parte do autor trazida pelo artigo 186 do código civil, este ainda terá o dever de indenizar a vítima, por possuir uma relação jurídica com a atividade ou objeto, podendo propor ação de regresso contra terceiro se observada a culpa por conduta praticada por outra pessoa.

Vale salientar que esta responsabilidade objetiva não é absoluta, devendo haver nexo da conduta ainda que não seja ilícita do autor da ação e o resultado, podendo ser excluída no caso de culpa exclusiva da vítima ou inexistindo o nexo entre o dano e a ação do autor.

A culpa exclusiva da vítima vem descrita no artigo 945 do código civil que traz a ponderação das culpa do autor da ação e da vítima que concorreu para o resultado.

A responsabilidade civil subjetiva é o dever de indenizar que exige que o autor tenha incorrido na prática de ato ilícito descrita no artigo 186 do código civil, em se provando não ter concorrido com culpa para o resultado o autor da ação fica isento de responsabilidade.

Existem outros tipos de responsabilidade civil, a responsabilidade solidária, por exemplo, na qual dois autores poderão figurar no polo passivo. É o caso da subempreitada e da formação de grupo econômico conforme observa-se a jurisprudência sobre o tema:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.-SUBEMPREITADA. Na subempreitada, quem se compromete em executar determinada obra (empreiteiro principal) e a repassa a outrem (subempreiteiro), ainda que de forma parcial, responde pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas devidas ao empregado, de forma solidária, nos termos do art. 455 da CLT. Certifico e dou fé que em sessão

ordinária hoje realizada, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador ELVECIO MOURA DOS SANTOS, com a presença dos Excelentíssimos Desembargador PAULO PIMENTA e Juíza convocada WANDA LÚCIA RAMOS DA SILVA, presente também o Excelentíssimo Procurador do Trabalho Dr. LUIZ EDUARDO GUIMARÃES BOJART, DECIDIU a 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, mantendo a r. sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos, nos termos do voto do relator. Certidão publicada em substituição ao (TRT-18 2917200912118006 GO 02917-2009-121-18-00-6, Relator: ELVECIO MOURA DOS SANTOS, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 227 de 15.12.2009, pág.17.)

FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Restando evidenciado que as empresas ocupam o mesmo local, têm a mesma finalidade econômica, com interesse social integrado e são administradas por uma única sócia, cabe reconhecer a existência de um único empregador, para fim de impor a cada uma dessas empresas componentes do grupo a responsabilização solidária pelo pagamento dos créditos trabalhistas deferidos ao reclamante, nos termos do artigo 2º, § 2º, da CLT." (RO - 0110700-03.2009.5.18.0131, Relator JUIZ GERALDO RODRIGUES DO NASCIMENTO, data do julgamento: 01 de junho de 2010).(TRT-18 520201013118000 GO 00520-2010-131-18-00-0, Relator: ELZA CÂNDIDA DA SILVEIRA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 194 de 28.10.2010, pág. 8.)

Além da responsabilidade solidária, ainda podemos identificar a responsabilidade subsidiária em que não sendo satisfeito a vítima pelo autor primário chama-se terceiro a assumir a obrigação. Vejamos exemplo na jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O Tribunal Regional dirimiu a controvérsia atinente à responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços em sintonia com o item IV da Súmula nº 331 do TST, segundo o qual "o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial".

Agravo de instrumento conhecido e não provido.(TST - AIRR: 111564920165090001, Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 27/08/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2019)

Entretanto, a responsabilidade objetiva e subjetiva são as principais formas de dever de indenizar, sendo habitualmente as mais discutidas no âmbito dos Lucros Cessantes.

O Lucro Cessante e o Dano Emergente são espécies do dano material, onde o Lucro Cessante será o dano sofrido pelo que a vítima deixará de ganhar em decorrência da prática do ato ilícito e o dano emergente aquele dano já produzido e suportado.

3. DOS LUCROS CESSANTES

Para o doutrinador WILSON ALBERTO ZAPPA HOOG em seu livro Perdas, Danos e Lucros Cessantes em Perícias Judiciais, sobre o conceito de lucro cessante o autor leciona:

[...] é muito complexo definir o conceito preciso de lucro cessante. Evidentemente este dano é futuro e corresponde a utilidade, ou proveito benefício econômico que uma pessoa deixa de ter obter como o resultado de um ilícito. O lucro cessante é uma projeção no tempo dos efeitos do ilícito e do dano sofrido. A certeza e realidade do lucro cessante se deduzem a partir de uma sucessão de causa normal e previsível, aplicando os padrões habitualmente aceitos no meio respectivo ou em questão.(HOOG, 2012, p.152)

Como vimos, a outra espécie do gênero dano material é o dano emergente, aquele imediato e os lucros cessantes, conforme HOOG traz mais uma vez:

[...] é o lucro líquido remanescente, depois de deduzidos os custos, as despesas, os tributos, as contribuições sociais e as participações, que deixou de ser realizado por ato alheio à vontade da administração de uma célula social e passou a fluir em outra direção. (HOOG , 2012, p. 2)

Por ser um dano futuro, abstrato, algo que deixa de integrar o patrimônio da vítima é que se discute muito sobre a fixação do valor deste dano, sendo que existe várias formas de resolver este conflito, os mais frequentes são a definição do valor pela vítima que com provas testemunhais se aventura no processo em busca do convencimento do juiz que por vezes irá minorar por considerá-lo exorbitante.

Nesta modalidade de mensurar a extensão do dano será realizado por pessoas muitas vezes sem o conhecimento específico da atividade exercida onde frustrou-se o lucro.

A confissão é outra forma de solução que conta com a boa vontade do autor do ato ilícito para quantificar o quantum indenizatório, de qualquer forma, são maneiras imprecisas que geram muita polêmica e prolongam o processo além do desejado.

O artigo 464 e seguintes do código de processo civil prevê como prova a perícia, sendo o meio de prova mais adequado a pacificar a lide no caso de controvérsias em razão de valores.

A prova pericial é dotada de conhecimento técnico na área a ser mensurada e traz uma aceitação maior pelas partes, pois o perito pode ser nomeado pelo juiz ou conforme estipula o Art. 471 do CPC, "As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento[...]".

O artigo 468 do código de processo civil traz ainda a possibilidade das partes requerem a destituição do perito por parcialidade ou falta de conhecimento técnico sobre o assunto.

Desta forma a prova pericial é o instituto mais indicado para quantificar o lucro cessante, exigindo a interdisciplinaridade, pois o perito a ser nomeado deverá ser alguém com conhecimentos técnicos sobre o tema.

Tal é a importância que em sendo arguido o pedido de produção de prova pericial na contestação o juiz não poderá negar constituindo tal ação cerceamento de defesa e conseqüente cassação da sentença, vejamos:

PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO SEM REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA NA CONTESTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. I - Se o réu, em contestação, pugna pela produção de prova pericial, capaz de afastar a existência do fato constitutivo do direito do autor, não pode o magistrado a quo proceder ao julgamento, sob pena de cerceamento do direito de defesa II - Preliminar acolhida, para anular a sentença.

(TJ-MA - AC: 247352001 MA, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 11/04/2002, BALSAS).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO RESCISÃO DE CONTRATO C/C REITEGRAÇÃO DE POSSE - COMPRA E VENDA IMÓVEL - INADIMPLÊNCIA - AGRAVO RETIDO - NOVOS ESCLARECIMENTOS -

DESNECESSIDADE - INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS REALIZADAS - DIREITO - PEDIDO EM CONTESTAÇÃO - POSSIBILIDADE - PROVA PERICIAL PARA APURAÇÃO E AVALIAÇÃO DAS BENFEITORIAS - NECESSIDADE - SENTENÇA CASSADA. É desnecessário o deferimento de pedido de novos esclarecimentos do Perito, quando os fatos já restarem satisfatoriamente elucidados nos autos. Conforme entendimento pacífico no STJ é possível formular pedido de indenização por benfeitorias em contestação, não sendo imperativo o aviamento de reconvenção para tanto. Para que haja a indenização necessária a comprovação da realização das benfeitorias através de perícia. Assim, indeferida pelo Julgador a realização da perícia, deve-se cassar a sentença para que a mesma se realize apurando-se as benfeitorias bem como as avaliando. Sentença cassada.

(TJ-MG - AC: 10024062674114002 MG, Relator: Paulo Mendes Álvares, Data de Julgamento: 28/11/2013, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/12/2013)

Devemos lembrar que mesmo a perícia não é uma prova absoluta podendo ser contestada, esta é a previsão legal do artigo 477 no § 1º do código de processo civil que dispõe:

As partes serão intimadas para, querendo, manifestar-se sobre o laudo do perito do juízo no prazo comum de 15 (quinze) dias, podendo o assistente técnico de cada uma das partes, em igual prazo, apresentar seu respectivo parecer. (BRASIL, 2015, p. 328)

Este entendimento vem expresso na jurisprudência, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0045757-46.2015.4.03.9999/SP

2015.03.99.045757-7/SP

RELATOR : Desembargador Federal PAULO DOMINGUES

APELANTE : TERESINHA DE FATIMA LIMA OLIVEIRA

ADVOGADO : SP073062 MARCO ANTONIO DE MORAIS TURELLI

APELADO (A) : Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

PROCURADOR : SP270356 ANDRESSA GURGEL DE OLIVEIRA GONZALEZ

ADVOGADO : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR

No. ORIG. : 15.00.00047-2 1 Vr ANGATUBA/SP

DECISÃO

Trata-se de ação objetivando a concessão de aposentadoria por invalidez. A r. sentença julgou improcedente o pedido, por ausência de incapacidade. A autora apelou. Preliminarmente, requer a anulação da sentença, por cerceamento de defesa. No mérito, pede a concessão de aposentadoria por invalidez. Sem contrarrazões, subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Decido.

O art. 557, "caput", do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, estabelece que o relator "negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior". Da mesma forma, o § 1º-A do referido artigo prevê que o relator poderá dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com a súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior. Tendo em conta a jurisprudência dominante, tornam-se desnecessárias maiores digressões a respeito, configurando-se, pois, hipótese de apreciação do recurso com base no aludido artigo. Preliminarmente, reconheço o cerceamento de defesa. A petição inicial relata que a autora é portadora de problemas ortopédicos, úlceras, dor abdominal e pélvica e depressão (fls. 3). Os documentos médicos juntados comprovam as doenças alegadas (fls. 21/32). No entanto, a autora foi submetida apenas à perícia psiquiátrica (fls. 49), que concluiu pela existência de depressão não incapacitante. Nada foi dito sobre as demais doenças. A autora requereu a complementação da diligência (fls. 61), objeção que não foi apreciada pelo Juízo a quo. Portanto, tendo em vista a

inconclusividade da perícia em relação à capacidade laborativa geral da autora, entendo que houve prejuízo para a dilação probatória. Assim, a fim de evitar o cerceamento de defesa, faz-se necessária a realização de nova perícia para, dentro das possibilidades razoáveis do Juízo, verificar as demais patologias da autora. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. LEI 8742/93. CERCEAMENTO DE DIREITO. NULIDADE. - O MM. Juiz a quo não acolheu o pedido, ao fundamento de que o "atestado de composição do grupo e renda familiar para portador de deficiência", demonstra que a renda per capita é superior a ¼ do salário mínimo, o que afasta por si só a concessão do benefício. Tal documento não tem caráter de prova absoluta, que mereça uma grande consideração na formação do convencimento, não obstante assinada por uma assistente social. Primeiro, porque reflete apenas aquilo que foi declarado pelo interessado ou seu representante legal. Ademais, se limita a citar nomes, sem qualquer qualificação, e se possui ou não renda e qual seu valor. Assim, que sua juntada não exclui a produção de outras provas, tais como o estudo social ou a oitiva de testemunhas. - O atestado médico acostado é meramente declaratório e inconclusivo, ao qual restrito valor se pode atribuir na formação do convencimento. Necessidade de elaboração de perícia. - O julgamento antecipado causou nítido prejuízo aos litigantes, a quem não foi dada mínima possibilidade de demonstrar as alegações da inicial e da contestação, bem como a adequação da situação fática aos requisitos legais. Desse modo, é inegável o cerceamento do direito de postulação e defesa das partes, em afronta ao princípio constitucional do devido processo. - Sentença anulada, para reabrir a instrução processual. Prejudicada a apelação.(AC 00142468919994039999, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRE NABARRETE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJU DATA:25/02/2003 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Portanto, é caso de anulação da sentença, para a realização de nova perícia, em que se verifiquem as demais patologias da autora. Ante o exposto, declaro o cerceamento de defesa, para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à vara de origem para reabertura da instrução, nos termos da fundamentação. Respeitadas as cautelas legais, tornem os autos à origem. P.I. São Paulo, 07 de janeiro de 2016. PAULO DOMINGUES. Desembargador Federal(TRF-3 - AC:

00457574620154039999 0045757-46.2015.4.03.9999, Data de
Publicação: 26/01/2016)

Pelas razões já arguidas e pela jurisprudência dos tribunais superiores é nítida a importância de ser realizada a prova pericial de maneira técnica, transparente e a mais precisa possível com intuito de propiciar seja uma contestação a excluir o quantum indenizatório, minora-lo ou nos casos exigível a execução que esta ocorra de forma célere a promover o acesso jurisdicional.

4. PERICIA NOS LUCROS CESSANTES

A definição do dano por Lucros Cessantes já foi definida e assim conseguimos diferenciá-la dos danos emergentes. Tal diferenciação é importante para a produção da prova que vai mensurar o "quantum indenizatório" o qual o autor do dano deverá indenizar a vítima.

No dano emergente é aparentemente mais fácil a mensuração de valores as quais a vítima teve seu patrimônio atingido, pois esta visível, palpável e de fácil constatação.

Por sua vez, ao discutirmos os Lucros Cessantes estaremos tutelando bens que não integraram o patrimônio, bens que ainda não foram adquiridos, sendo quase que uma mera expectativa de direito.

Nesse ponto é que será discutida a lide, pois a controvérsia terá por objeto se trata-se de uma mera expectativa de direito ou um lucro futuro perdido, uma vez que a vítima deverá provar que realmente este dano ocorreu e que seu patrimônio não era uma mera expectativa e sim algo esperado que deixara de lucrar.

APELAÇÃO CÍVEL - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 APLICÁVEL AO FEITO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C COBRANÇA E PERDAS E DANOS - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA - RESCISÃO POR CULPA DO RÉU - DEVER DE INDENIZAR - VALORES ADIANTADOS PELO AUTOR - DEVOLUÇÃO INTEGRAL - LUCROS CESSANTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MERA EXPECTATIVA DE GANHOS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MERO DISSABOR EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. APELAÇÃO CÍVEL - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 APLICÁVEL AO FEITO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C COBRANÇA E PERDAS E DANOS - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA - RESCISÃO POR CULPA DO RÉU - DEVER DE INDENIZAR - VALORES ADIANTADOS

PELO AUTOR - DEVOLUÇÃO INTEGRAL - LUCROS CESSANTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MERA EXPECTATIVA DE GANHOS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MERO DISSABOR EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. APELAÇÃO CÍVEL - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 APLICÁVEL AO FEITO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C COBRANÇA E PERDAS E DANOS - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA - RESCISÃO POR CULPA DO RÉU - DEVER DE INDENIZAR - VALORES ADIANTADOS PELO AUTOR - DEVOLUÇÃO INTEGRAL - LUCROS CESSANTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MERA EXPECTATIVA DE GANHOS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MERO DISSABOR EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. APELAÇÃO CÍVEL - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 APLICÁVEL AO FEITO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C COBRANÇA E PERDAS E DANOS - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA - RESCISÃO POR CULPA DO RÉU -- DEVER DE INDENIZAR - VALORES ADIANTADOS PELO AUTOR - DEVOLUÇÃO INTEGRAL - LUCROS CESSANTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MERA EXPECTATIVA DE GANHOS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MERO DISSABOR EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PROVIDO EM PARTE. Apelação Cível nº 1.607.167-1 (TJPR - 6ª C.Cível - AC - 1607167-1 - Região Metropolitana de Maringá - Foro Central de Maringá - Rel.: Desembargador Prestes Mattar - Unânime - J. 11.07.2017)(TJ-PR - APL: 16071671 PR 1607167-1 (Acórdão), Relator: Desembargador Prestes Mattar, Data de Julgamento: 11/07/2017, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2073 20/07/2017)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE HABITACIONAL – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL –PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEIÇÃO –ENTREGA DAS CHAVESQUATRO ANOS APÓS O PRAZO FINAL PREVISTO NO CONTRATO–FRUTRAÇÃO E LOGRO CAUSADORES CONSTRAGIMENTOS QUE ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL CARACTERIZADO –

VALOR FIXADO EM OBSERVÂNCIA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA E ATENDIMENTO A FINALIDADE RESSARCITÓRIA E PUNITIVA – LUCROS CESSANTES – PRETENSÃO FUNDADA NA POSSÍVEL PERDA DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO ATRASO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS – MERA EXPECTATIVA DE GANHOS FUTUROS – INEXISTÊNCIA DE DANOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS – LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS - SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1.A sensação de ansiedade, logro, frustração e impotência que se abate sobre o consumidor que paga o preço integral do imóvel mas não o recebe na data aprazada, só o recebendo quatro anos depois da data contratual de entrega, constitui constrangimento que ultrapassa o plano do mero aborrecimento, configurando dano moral indenizável. 2. A condenação à reparação de lucros cessantes exige dano já efetivamente ocorrido, e não dano de ocorrência meramente possível no futuro, e sendo assim descabe, durante o período de atraso na entrega do imóvel negociado, o ressarcimento de lucros cessantes pretendidos com base na alegação de futura e eventual exploração locatícia do imóvel.(TJ-MT - AC: 00541607820148110041 MT, Relator: JOAO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 06/10/2020, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/10/2020)

Por esses motivos o perito deve ser pessoa idônea com capacidade técnica para realizar tal perícia e ao fim elaborar laudo pericial. Desta forma poderá ser identificada através da ciência qual a extensão do prejuízo que a vítima aferiu em razão do dano praticado pelo autor.

Para GIANLUCA CHIARA VIEYRA

Ao perito responsável, tem-se a necessidade de extrema atenção as peculiaridades de cada objeto de estudo da questão. Seu labor pericial está relacionado a mensurar os danos causados ou os lucros deixados de serem realizados por conta de algum dano patrimonial, e caso haja um equívoco poderá ocasionar em danos as partes relacionadas.(VIEYRA, 2017 p.14)

O autor defende a perícia contábil para mensuração dos lucros cessantes, sendo bem razoável nos casos que se tratar de empresas que possuem um controle contábil.

Entretanto nem sempre trata-se de uma empresa, por vezes pode envolver outras atividades e por isso é essencial a interdisciplinaridade para realização da perícia.

Neste diapasão podemos afirmar que a a perícia deve ser elaborada em diversas áreas, sendo que o perito deve ser especialista com relação ao objeto a ser periciado. Assim a prova será fundamental para subsidiar a tomada de decisão pelo magistrado.

O artigo 477 do código de processo civil traz que o prazo para o perito será fixado pelo juiz considerando a dificuldade e sempre pautando-se na celeridade processual. O perito deverá ainda apresentar o laudo no prazo fixado pelo juiz em pelo menos 20 (vinte) dias antes da audiência de instrução e julgamento.

5. PERICIA EM LUCROS CESSANTES “IN CASES”

Observa-se que a Perícia deve ser pautada a rigor pelas orientações específicas da decisão e obedecendo a regras técnicas, no AGRAVO DE INSTRUMENTO 0704339-57.2021.8.07.0000, restou parcialmente provido o recurso, uma vez que o laudo pericial cumpriu os requisitos técnicos, utilizando edifício equivalente e a média dos alugueis pagos para apurar o “quantum debeatur”, entretanto não se atentou a data dos fatos que a parte sofreu o lucro cessante, fato este que reduziu consideravelmente o valor mensurado. Senão vejamos:

CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. APURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES. PERÍCIA EM DESACORDO COM A COISA JULGADA. REFAZIMENTO. I - Os lucros cessantes, nos termos da coisa julgada, devem corresponder aos valores prováveis dos alugueres que o comprador deixou de auferir em agosto e dezembro/2015, cujas importâncias devem ser atualizadas monetariamente a partir da data em que cada parcela deixou de ser recebida, e acrescida de juros, a contar da citação, até o efetivo pagamento, e não o valor do aluguel quando instaurado o cumprimento de sentença, apurado com base em amostras colhidas em 2020, conforme foi efetivado pelo perito. II - Deu-se parcial provimento ao recurso.(TJ-DF 07043395720218070000 DF 0704339-57.2021.8.07.0000, Relator: JOSÉ DIVINO, Data de Julgamento: 14/04/2021, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/05/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Vejamos ainda o recurso de apelação nº 199700110567/TJ-RJ:

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES. JULGAMENTO, ULTRA PETITA. REDUÇÃO DO DEREATUR Sentença

de liquidação para fixação do quantum debeat das diárias deixadas de receber pelo taxista autônomo credor de indenização por ato ilícito, durante a Imobilização do veículo. Sentença fixando o valor como base no laudo da perícia e acima do que expressamente foi Podido na inicial. julgamento ultra petita. Provimento do recurso para redução do. quantum debeat. (TJ-RJ - APL: 199700110567, Relator: MURILO ANDRADE DE CARVALHO, Data de Julgamento: 19/02/1998, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/02/1998)

O referido recurso provém da a ação por lucros cessantes no qual o laudo pericial apurou valores maiores dos que foram pleiteados na inicial, demonstrando a importância deste instituto na mensuração dos lucros cessantes, sendo que os desembargadores consideraram julgamento extra petita.

CONCLUSÃO

Podemos concluir que é fundamental diferenciar os tipos de danos materiais no momento de ajuizar a ação por indenização de danos, pois poderá ocorrer de haver lucros cessantes que no momento da propositura ainda não foram verificados.

A perícia é de extrema importância para mensurar o quantum indenizatório nos lucros cessantes uma vez que ainda não foi concretizado o referido dano no momento da ação necessitando estabelecer o nexos que aquela conduta e os prejuízos futuros são conexos.

A perícia por ser realizada por terceiro com especialização na área tem uma aceitabilidade maior no conjunto probatório e proporciona celeridade ao processo e uma maior precisão em seus resultados o tornando mais justo.

REFERENCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). **Código de Processo Civil** Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.

TJ-DF 07043395720218070000 DF 0704339-57.2021.8.07.0000, Relator: JOSÉ DIVINO, Data de Julgamento: 14/04/2021, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/05/2021

TJ-RJ - APL: 199700110567, LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES. JULGAMENTO, ULTRA PETITA . Relator: MURILO ANDRADE DE CARVALHO, Data de Julgamento: 19/02/1998, DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/02/1998)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA -MA - AC: 247352001 MA, PROCESSO CIVIL. **JULGAMENTO SEM REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA NA CONTESTAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA** .Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 11/04/2002, BALSAS.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA -MG - AC: 10024062674114002 MG, **APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - COMPRA E VENDA IMÓVEL – INADIMPLÊNCIA**. Relator: Paulo Mendes Álvares, Data de Julgamento: 28/11/2013, Câmaras Cíveis / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/12/2013.

TRIBUNAL JUSTIÇA- MT - AC: 00541607820148110041 MT. **APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE HABITACIONAL – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL –PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEIÇÃO –ENTREGA DAS CHAVESQUATRO ANOS APÓS O PRAZO FINAL PREVISTO NO CONTRATO– FRUTRAÇÃO E LOGRO CAUSADORES CONSTRAGIMENTOS QUE ULTRAPASSAM O MERO ABORRECIMENTO – DANO MORAL CARACTERIZADO –VALOR FIXADO EM OBSERVÂNCIA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA E ATENDIMENTO A FINALIDADE RESSARCITÓRIA E PUNITIVA – LUCROS CESSANTES – PRETENSÃO FUNDADA NA POSSÍVEL PERDA DE ALUGUÉIS EM RAZÃO DO ATRASO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS – MERA EXPECTATIVA DE GANHOS FUTUROS – INEXISTÊNCIA DE DANOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS – LUCROS CESSANTES NÃO DEMONSTRADOS**. Relator: JOAO FERREIRA FILHO, Data de Julgamento: 06/10/2020, Primeira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/10/2020)

TRIBUNAL JUSTIÇA -PR - APL: 16071671 PR 1607167-1 (Acórdão). **APELAÇÃO CÍVEL - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 APLICÁVEL AO FEITO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C COBRANÇA E PERDAS E DANOS - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA - RESCISÃO POR CULPA DO RÉU - DEVER DE INDENIZAR - VALORES ADIANTADOS PELO AUTOR - DEVOLUÇÃO INTEGRAL - LUCROS CESSANTES - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO COM BASE EM MERA EXPECTATIVA DE GANHOS - DANOS MORAIS - INOCORRÊNCIA - MERO DISSABOR EM DECORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL** Relator: Desembargador Prestes Mattar, Data de Julgamento: 11/07/2017, 6ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 2073 20/07/2017)

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO- processo nº 18 2917200912118006 GO.
SUBEMPREGADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Relator: ELVECIO MOURA DOS SANTOS, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 227 de 15.12.2009, pág.17.

TRIBUNAL REGIONAL TRABALHO Nº 18 520201013118000 GO 00520-2010-131-18-00-0, **FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.** Relator: ELZA CÂNDIDA DA SILVEIRA, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano IV, Nº 194 de 28.10.2010, pág. 8.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - AIRR: 111564920165090001, AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.** Relator: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 27/08/2019, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/08/2019)

VIEYRA, Gianluca Chiara. **PERÍCIA CONTÁBIL NA MENSURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES: UM ESTUDO DE CASO APLICADO EM UM LITÍGIO JUDICIAL.** Disponível em <http://repositorio.unesc.net/> Acesso em 03.09.2021.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TRANSPORTADORES AÉREOS E AS GARANTIAS DO CONSUMIDOR NAS VIAGENS INTERNACIONAIS NOS CASOS DE LESÃO AO CONSUMIDOR À LUZ DO ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

VITÓRIA CAROLINA ZIMMER NENEVÊ:

Bacharelada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Campus Toledo.

JOSÉ RAPHAEL BATISTA FREIRE

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa fazer uma análise acerca do estudo da responsabilidade civil dos transportadores aéreos internacionais e sua abordagem perante os tribunais. Em primeiro lugar, para melhor entendimento do tema, analisa-se o conceito de responsabilidade civil, bem como suas excludentes de responsabilidade, a responsabilidade civil do transportador aéreo internacional com relação às normas aplicadas e conflito entre tratado internacional e lei interna. Buscou-se analisar em especial as novas regras trazidas pelas Convenções de Montreal e de Varsóvia e sua recepção pelo direito brasileiro, que trazem limites às responsabilidades dos transportadores em relação aos seus usuários, gerando antinomia com o Código de Defesa do Consumidor. Para o estudo do tema em questão, foi analisada a posição de doutrinadores e jurisprudências e feita uma contextualização com as normas oferecidas atualmente pelo ordenamento jurídico.

Palavras chave: transportador aéreo; responsabilidade civil; conflitos de leis; convenção de Montreal; convenção de Varsóvia.

ABSTRACT: The purpose of this work aims to make an analysis about the study of the civil responsibility of the international air carrier and its approach before the courts. First, for a better understanding of the subject, there's an analysis about the concept of civil responsibility, as well as its liability exclusions, the international air carrier's civil responsibility related to the applied rules and the existing conflict between the international treaty and the national law. It sought to analyze, the new rules brought by the Warsaw and Montreal Conventions and their reception by the Brazilian law, that brings limits to responsibilities of the carriers about their users, creating an antinomy with the Consumer Protection Code. To accomplish the study of this topic, the position of jurists and jurisprudence were analyzed, and it was made a contextualization with the rules currently offered by the legal order.

Keywords: air carrier; Civil responsibility; Law conflict; Warsaw Convention; Montreal Convention; Consumer right; International transport.

Sumário: Introdução. 1. Divergência Normativa. 2. Danos. 3. Convenção de Varsóvia e Montreal. 4. Responsabilidade Do Transportador Aéreo. 5. O Código de Defesa do Consumidor. 5.1. Excludentes de responsabilidade. 6. Limitação Tarifária e Divergência Doutrinária e Jurisprudencial. Conclusão. Referências.

Introdução

No ano de 1914, pouco antes da primeira guerra mundial, aconteceu o primeiro voo comercial do mundo, o avião possuía apenas um passageiro e o voo que saiu de Saint Petersburg e foi a Tampa, na Flórida, Estados Unidos, durou cerca de 23 minutos. Desde então, a evolução na aviação não parou, supriu a demanda durante as guerras e diminuiu a distância entre os continentes para aqueles que tinham condições (MALAGOLI, 2020).

Atualmente, “voar” ficou mais acessível. A tecnologia e a globalização fizeram com que o deslocamento entre estados, países e até mesmo continentes pudesse ser feito em cerca de horas. A demanda aumenta mais e mais devido ao conforto, eficácia e agilidade que os transportes aéreos oferecem para seus consumidores. Entretanto, a facilidade com que o deslocamento destes passageiros ou coisas entrou no cotidiano da aviação, trouxe também a probabilidade da ocorrência de danos. A ineficácia da resolução extrajudicial dos danos causados pelas companhias aéreas, a título de exemplo, o cancelamento dos voos e a perda de bagagens, leva ao ajuizamento de demandas para a solução destes obstáculos. A partir disso, ao se deparar com as disposições abusivas e danos decorrentes desta atividade, há o carecimento de amparo legal do Código de Defesa do Consumidor, Resoluções da Agência Nacional de Aviação Civil, Código Civil e Convenções Internacionais, as quais se destacam as Convenções de Montreal e Varsóvia.

Quando se lida com voos comerciais, encontra-se amparo sob a luz do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A empresa transportadora, ao acordar com o consumidor, possui responsabilidade civil, uma vez que se obriga a transportá-lo de um ponto a outro, em segurança, junto a seus pertences (MORSELLO, 2006).

O transporte doméstico está regulamentado pelas disposições legislativas do País, no caso, pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, entretanto, estes dispositivos legais tratam apenas do que tange ao transporte doméstico, quanto ao transporte internacional (externo) a lei brasileira não mais se aplica para julgamento das demandas (BRASIL, 1986).

No viés do CDC, que contém um grupo de normas voltadas à proteção e amparo do consumidor, quanto à responsabilidade dos transportadores aéreos, quando causam algum prejuízo ao patrimônio e/ou direitos do passageiro, ou seja, qualquer tipo de dano,

não há limitação para indenização, gerando uma obrigação de ressarcimento integral do consumidor, entretanto, cabe para casos de voos domésticos, de forma contrária ao estipulado na Convenção de Montreal, a qual estipula um teto máximo (indenização tarifada).

Sendo assim, nos casos que envolviam transportadores aéreos internacionais, as companhias de transporte aéreo eram amparadas pelas Convenções de Montreal e Varsóvia, resultando assim, a depender da compreensão de cada juízo, em um certo conflito jurisprudencial.

Até 2017, a tese de que o CDC prevalecia sobre a Convenção de Varsóvia era o entendimento predominante, confirmado inclusive por decisão do Superior Tribunal de Justiça (RONDÔNIA, 2015). Desde então, o assunto se tornou recorrente e os julgados vêm se alterando, seja em juízos de 1ª instância ou em Tribunais superiores, e a posição do STF se torna um dos principais fundamentos utilizados.

1 Divergência Normativa

Há uma divergência entre normas relativa à responsabilidade objetiva, objeto de defesa e tratamento do CDC e a responsabilidade (subjéctiva) a ser defendida por meio da Convenção quando se atinge um certo valor tarifado. Esta divergência recai sobre uma antiga discussão jurídica, entre as teorias monista e dualista, que respectivamente defendem a aplicação das normas de Direito Internacional e aplicação das normas de Direito Positivo Interno como norteadoras a serem impostas pelos Tribunais (MAZZUOLI, 2020).

Desta forma, nasce a demanda de analisar a imposição da Convenção de Montreal diante do Código de Defesa do Consumidor acerca das indenizações que decorrem dos danos por falha ou violação nas diretrizes de prestação do serviço (MARQUES; BESSA, 2014).

No entanto, observa-se que, estabelecendo restrições às normas de amparo ao consumidor, em paralelo ao constante no art. 5º, XXXII, a Carta Magna prevê no texto do art. 178, §1º, que "atendendo o princípio constitucional da reciprocidade os acordos pactuados pela União deverão ser cumpridos pela ordenação do transporte internacional" (BRASIL, 1988). Logo, não afirmar de fato que a tutela do consumidor deve ser limitada, além disso, consta que não estão excluídos os tratados e acordos internacionais.

A subordinação de normas internacionais dentro do sistema normativo pátrio, como as convenções, não pode influir nas normas internas. A denominada teoria Monista, tem como pretexto a harmonia das normas externas e internas. Esta teoria defende um único sistema jurídico, no qual o ramo internacional é aplicável às normas jurídicas dos Estados,

sem necessidade de qualquer alteração ou renovação para sua vigência. Desta forma, o ramo interno fica responsável por regular os indivíduos do próprio estado. A partir disso, a ratificação de um tratado ou acordo internacional pelo Estado expressa um comprometimento jurídico internacionalmente adotado, que é composto de direitos e obrigações, as quais podem ser exigidas no âmbito do Direito Interno (MAZZUOLI, 2020).

No direito brasileiro, em matéria de relação entre direito internacional e direito interno, ou conflito entre fontes, poderia ser, assim, sanado o anterior descompasso entre a doutrina, alinhada pela concepção do monismo Kelseniano, segundo a qual o tratado sempre prevalece sobre a lei interna, ainda que se trate da Constituição, e a desconcertante mudança de orientação da jurisprudência pátria, durante certo lapso de tempo, durante o qual se veio, por caminhos tortuosos, equiparar o tratado a lei interna. Surpreendentemente, uma vez equiparado à lei interna, ficaria sujeito o tratado a modificações, em razão de alterações posteriores do ordenamento nacional, o que configura aberração, por privar a norma de direito internacional positivo de seu sentido e alcance normativo internacionais, ao mesmo tempo que se poderia configurar o descumprimento de obrigações internacionais pelo estado brasileiro, na condição de parte contratante de obrigações, em relação aos demais signatários desse tratado (ACCIOLY; CASELLA; SILVA, 2010).

Desta forma, ao consultar os órgãos jurisdicionais é possível verificar que esta discordância continua até neste momento, sendo discussão costumeira nos Tribunais brasileiros. Como exemplo no seguinte acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA. ATRASO E/OU EXTRAVIO. APLICÁVEL CONVENÇÃO DE MONTREAL EM DETRIMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTE DO STF. RETENÇÃO DA CARGA PELA ADUANA. NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA SEGUNDO OS VALORES INDICADOS NA CONVENÇÃO DE MONTREAL.

1. Apelação interposta pela ré da r. sentença, proferida em ação de dar coisa certa, que julgou procedentes os pedidos da inicial para condená-la ao pagamento de danos materiais no valor de R\$ 79.766,45. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 636.331/RJ (Tema 210 da Repercussão Geral), fixou a tese de que? Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade

das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor? 3. Restou consignado que deve prevalecer a Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil em detrimento do Código de Defesa do Consumidor não apenas na hipótese extravio de bagagem, mas também nas demais hipóteses em que haja conflito normativo entre os mesmos diplomas. Portanto, em se tratando de transporte aéreo internacional de pessoas, bagagem ou carga, a reparação pelos danos materiais deve ocorrer de acordo com as normas estabelecidas nas Convenções. 4. No caso, incontroverso que o autor contratou a ré para o transporte internacional de cargas e que as remessas de 2016 e 2017 não foram entregues ao destinatário nem foram devolvidas ao autor, bem como que em razão da não devolução das remessas até julho de 2018, o autor pagou multa de R\$ 79.766,45. 5. Não tendo a ré se desincumbido do seu ônus de demonstrar que o atraso na entrega das remessas e/ou na devolução delas para o autor ocorreu em razão de retenção na Aduana da Argentina, conforme dispõe o artigo 373, do Código de Processo Civil, deve ser mantida a sentença que entendeu ser a parte ré responsável pelos prejuízos advindos ao autor em razão da não entrega das remessas enviadas em 2016 e 2017. 6. O autor deve ser compensado pelo atraso das remessas no valor da multa que lhe foi cobrada pelo fato de até o final de 2018 as remessas por ele enviadas em 2016 e 2017 ainda não terem sido entregues. 7. A Convenção de Montreal dispõe sobre o atraso da carga fixando como limite para indenização 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, que, conforme o conversor de moeda do Banco Central. 8. No caso concreto, a aplicação da referida convenção ensejaria valor maior do que o pedido na inicial pelo autor. Por isso, deve ser mantida a condenação no valor mencionado na sentença (R\$ 79.766,45). 9. Apelação da ré conhecida e parcialmente provida (BRASIL, 2020a).

Julgado que diverge de decisões de demais órgãos julgadores acerca do mesmo tema, a título de exemplo o conteúdo do seguinte acórdão:

CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. CANCELAMENTO DE VOO- FORTUITO INTERNO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS - VALOR DO QUANTUM ADEQUADO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência

sedimentada no âmbito do STJ e do STF, nas relações de consumo envolvendo prestação de serviço de transporte aéreo internacional, deve-se aplicar a Convenção de Montreal, à luz do princípio da especialidade. Entretanto, nos mesmos precedentes que sedimentaram essa jurisprudência, os Tribunais superiores deixaram claro que o CDC deverá ser aplicado, excepcionalmente, aos casos em que a Convenção supracitada não dispuser, como quanto aos danos morais decorrentes das relações jurídicas entre empresa e passageiros. 2. Trata-se de recurso inominado interposto pela recorrente em face da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos descritos na exordial para indenizar aos autores o valor de R\$ 17.404,34 a título de danos materiais e R\$ 4.000,00, a título de danos morais, para cada autor, em decorrência de cancelamento de voo internacional e realocação dos passageiros, 72 horas após o originalmente contratado. 3. Em breve síntese, os autores adquiriram passagem aérea da recorrente em voo direto, saindo de Brasília/DF com destino a Orlando/FL, para o dia 03/03/2019, e a volta, no dia 13/03/2019. Asseveram que o voo da volta foi cancelado e os passageiros realocados 72 horas após o originalmente contratado. Acrescentam que sofreram vários transtornos, a saber: (i) tiveram que arcar com a alimentação, hospedagem e transporte; (ii) viajavam com duas crianças menores, as quais requerem cuidados; (iii) os autores contrataram voo direto. Entretanto, além de modificarem a data de retorno para o dia 16/03/2019, a empresa alocou os passageiros em um voo com escala. Pedem indenização a título de danos materiais e morais. 2. O cancelamento de voo, a alteração ou o atraso na decolagem que impliquem chegada ao destino com considerável tempo de atraso constituem falha na prestação do serviço aéreo e podem autorizar indenização por danos materiais e morais. A alegação genérica da companhia aérea, prestadora de serviços, de que o cancelamento teria ocorrido por motivo de reorganização da malha aérea não é apta a afastar a sua responsabilidade, visto que tal situação se insere dentro do risco de sua atividade. 5. *In casu*, a alteração unilateral potencializou sentimentos de desprezo, de angústia e de frustração, sobretudo em um momento que deveria ser de lazer (férias), somado ao fato de que não foi oferecida a acomodação em outro voo com horário de partida condizente com as necessidades dos autores/recorridos que viajavam com duas crianças. 8. Assim, escorreita a sentença que condenou a recorrente ao pagamento do dano material, que deve ser ressarcido integralmente, considerando que houve quebra de contrato, nos

termos do artigo 737 do CC. *In verbis*? O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior? 9. No tocante a indenização por dano moral, considerados os parâmetros acima explicitados, o valor arbitrado pelo juízo monocrático (R\$ 4.000,00) para cada autor não se mostra excessivo, devendo ser mantido o quantum fixado, porque condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 10. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 11. Diante da sucumbência, nos termos do artigo 55 da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), condeno o recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor da condenação. 12. A súmula de julgamento servirá de acórdão, conforme regra do art. 46 da Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 2020b).

Tais fundamentações não retiram a aplicação do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia, apenas analisa as normativas de forma a incidir a opção mais viável nos casos concretos.

2 Danos

A reparação dos danos é o principal escopo tratado pela responsabilidade civil. Assim sendo, pode-se afirmar que existem duas modalidades de dano: o patrimonial ou material e o moral. Acerca da diferença entre ambos, é considerado material a modalidade de dano que atinge tão somente o patrimônio da vítima, moral, por sua vez, dano que fere o consumidor como ser humano distante da esfera patrimonial. A partir desta distinção é que pode ser ponderada a indenização decorrente dos prejuízos sofridos (GONÇALVES, 2012).

Pode-se conceituar a indenização como uma forma de compensação da vítima, tendo como intuito reduzir ou anular o dano resultante da falha na realização do serviço (MAGALHÃES, 2002).

Relativo ao transporte por meio aéreo, há uma grande possibilidade de ocorrência de eventos lesivos, os quais podem agredir a integridade pessoal dos passageiros, seja em acidentes, atrasos, cancelamentos de voo e/ou perda/deterioração da bagagem. Para regulamentar estes imprevistos, a legislação busca se tornar mais específica no controle da adimplência de suas normas, como exemplo a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), instituída como agência reguladora em âmbito federal do Brasil, com principal função a garantia de segurança e eficiência no serviço da aviação para todos os seus consumidores.

Em 13 de Dezembro de 2016, por meio da Resolução nº 400, foram estabelecidas premissas aplicáveis ao transporte dos passageiros, estipulando, no campo da responsabilidade civil, as tratativas gerais a serem seguidas em possíveis casos de atraso e cancelamento, além da assistência material a ser oferecida e as ações para acomodação e reembolso dos lesados.

Sendo assim, ao ratificar o cumprimento da resolução desde o momento da ocorrência dos danos, o transportador aéreo diminui as possibilidades de uma eventual movimentação dos meios judiciais por parte do consumidor ao se sentir lesado. Fato este que, levando em conta a referida Resolução, possui contraprestação estipulada para os casos de descumprimento deste “dever de cumprir”, portanto, ocorrendo infrações por meio da companhia aérea, esta receberá multa que varia R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e R\$ 50.000,00, cinquenta mil reais (BRASIL, 2016).

3 Convenção de Varsóvia e Montreal

No ano de 1929, por meio do Decreto nº 20.704 (BRASIL, 1931), foi promulgada a Convenção de Varsóvia, que contou com a assinatura de vários países. Esta Convenção tem o propósito de completar as lacunas presentes na regulamentação internacional do transporte aéreo, além de findar a desordem que ocorre quando cada país vigora, a sua maneira, tratados específicos acerca desta mesma matéria. Com o passar do tempo a convenção foi submetida a sucessivas alterações com intuito de adequá-la e moldá-la ao mercado da aviação civil, até que em 2006, por meio do Decreto nº 5.910 (BRASIL, 2006), o Brasil recebeu a Convenção de Montreal de 1999, que passou a substituir a de Varsóvia. Estas convenções limitam o valor de indenizações, sob a justificativa de que geram um risco alto para as empresas transportadoras, que não seriam capazes de suportar o pagamento das indenizações de maneira integral, condição que inviabilizaria as empresas (VENOSA, 2017).

Cabe salientar que, a Convenção de Montreal atua como uma atualização da Convenção de Varsóvia, uma vez que, mantém grande parte de seu teor, porém, aborda de forma específica os danos morais, pois, firmada no ano de 1929, a Convenção de Varsóvia não estipulava critérios para esta forma de indenização, que não existia na época. Isto posto, ambas seguem sendo aplicadas na medida em que os países se incluem como signatários (BRASIL, 2020).

A responsabilidade civil do transportador aéreo, com o advento da Convenção de Varsóvia, passa a se limitar a \$125.00 (cento e vinte e cinco) francos por passageiro no transporte de pessoas, bagagens e cargas este limite, então, é fixado no valor de \$250 (duzentos e cinquenta) francos por quilograma para objetos despachados e \$5.000 (cinco mil) francos (por passageiro) pelos objetos que os passageiros são permitidos a levar durante o percurso.

Esta unidade de medida, utilizada para fixar os valores indenizatórios, foi desaprovada e modificada com a Convenção de Montreal, que substituiu o Franco pelo chamado Direito Especial de Saque, além de mudar significativamente os valores no teto indenizatório (MORSELLO, 2006). O Direito Especial de Saque é um instrumento monetário utilizado mundialmente, criado pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), que objetiva complementar as reservas oficiais nações membro do Fundo Monetário. Este instrumento serve como ajuda para que os países possam ter um acesso às reservas de maneira agilizada além da possibilidade de troca por diversas moedas (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2021).

Com as mudanças estabelecidas pela Convenção de Montreal, ficou fixado que os consumidores que sofrem algum tipo de lesão corporal ou então a morte, possuem o limite de indenização de \$100.00 (cem mil) DES (Direito Especial de Saque). Para danos que decorrem de cancelamentos ou atrasos o limite ficou estabelecido em \$4.150 (quatro mil cento e cinquenta) DES por passageiro e, para bagagens extraviadas, destruídas ou atrasadas a responsabilidade não pode exceder o montante de \$1.000 (mil) DES por passageiro.

Com a predominância da Convenção de Montreal, que traz regras no transporte aéreo internacional, passa a ser aplicada a Convenção de Varsóvia apenas nos casos em que o Estado for signatário apenas desta. Além disso, ocorreram mudanças com relação a responsabilidade objetiva e subjetiva aplicada pela convenção. A Convenção de Varsóvia determina uma responsabilidade subjetiva, na qual o ônus da prova incide sobre a vítima, quando for comprovada a culpa grave ou o dolo do transportador, o Direito comum excluía o teto indenizatório e passava a fixar a indenização (GONÇALVES, 2012).

Em contrapartida, a Convenção de Montreal adota a chamada Teoria do Risco (BRASIL, 2006), que diz respeito à responsabilidade objetiva, entretanto a aborda como forma de exceção. O art. 21 menciona que os transportadores aéreos não limitam, nem excluem, a responsabilidade destes com relação aos danos mencionados no número 1 do art. 17, que não excedam 100.000 DES por passageiro. Desta forma, a responsabilidade subjetiva recairá sobre aquilo que ultrapassar este limite, podendo assim, conforme o art. 21, nº2, exonerar-se, se provado que o dano decorreu de negligência ou outra modalidade de omissão ou ação praticada pelo transportador, ou mesmo que o dano tenha sido causado unicamente por atitude de terceiro (BRASIL, 2006)

4 Responsabilidade do Transportador Aéreo

A relação jurídica existente entre a empresa de transporte e o passageiro se inicia na situação da celebração do contrato, e é a partir deste contrato, da modalidade de adesão, que se desencadeiam as obrigações contratuais. A grande responsabilidade, ou

obrigação, dos transportadores aéreos é conduzir o passageiro do ponto de partida do trajeto ao destino de forma remunerada, oferecendo condições seguras e responsáveis.

Para que a obrigação de indenizar exista é necessário que ocorra algum evento danoso por parte da empresa transportadora, evento este que pode ser decorrente de ato ilícito ou omissão, gerando prejuízos ao passageiro suscetíveis de reparação.

O principal intuito da responsabilidade civil é a reparação dos danos, que ocorre quando há a lesão de um bem jurídico, podendo ser relativo ao patrimônio, integridade física/pessoal, saúde e honra. No que concerne ao dano patrimonial/material sua análise se faz desde os danos emergentes até o lucro cessante, que respectivamente tratam do que se perdeu em razão do ato ilícito ou da omissão do agente e da ausência do aumento patrimonial (GONÇALVES, 2012).

Outra distinção acerca das espécies de dano está nos danos materiais e morais (extrapatrimoniais). Moral abrange a lesão da vítima como ser humano, sem atingir seu patrimônio. A partir dessa distinção é que se pode analisar e aplicar a indenização pelo prejuízo sofrido (CAVALIERI FILHO, 2010).

Para que seja cabível a indenização, é necessária uma relação direta entre a ação/omissão do agente e o dano sofrido pela vítima, o que no âmbito do direito é chamado de nexo causal. Desta forma, a indenização entra como uma forma de compensação da vítima, buscando reduzir ou anular os impactos provocados pelo descumprimento da obrigação, seja total ou parcial. Esta compensação poderá ser realizada a partir de restituição ou de maneira pecuniária, sendo está o ressarcimento com dinheiro, equivalente ao valor do conserto ou então do valor total do bem, e aquela uma substituição por algum semelhante, como é comum nos casos em que há contratemplos envolvendo bagagem (extravio, danos, perda).

Com a Resolução de N° 400 de 13 de dezembro de 2016, foram estabelecidas condições gerais a serem aplicadas ao transporte regular dos passageiros domésticos (internos) e internacionais. Esta resolução dispõe acerca das regras referentes ao contrato aéreo firmado entre transportador e passageiro, demonstrando os deveres de ambas as partes envolvidas, como deve ser executado o contrato e os possíveis danos que possam vir a ser causados por violações aos deveres estipulados ao prestador de serviços. Além disso, preceitua sobre todas as informações tocantes ao itinerário e serviço oferecido pela companhia aérea, dando instruções ao usuário de como proceder para melhor aproveitamento de sua viagem, seja ela doméstica ou internacional (BRASIL, 2016).

Quanto à responsabilidade civil, a Resolução dispõe, no texto de sua seção II, sobre os procedimentos a serem realizados nos casos de eventuais atrasos e cancelamentos,

como são feitas as ações de reacomodação dos passageiros, assistência material e reembolso a serem oferecidos. No art. 21 fica estabelecido que:

Art. 20. O transportador deverá informar imediatamente ao passageiro pelos meios de comunicação disponíveis:

I - que o voo irá atrasar em relação ao horário originalmente contratado, indicando a nova previsão do horário de partida; e

II - sobre o cancelamento do voo ou interrupção do serviço.

§ 1º O transportador deverá manter o passageiro informado, no máximo, a cada 30 (trinta) minutos quanto à previsão do novo horário de partida do voo nos casos de atraso.

§ 2º A informação sobre o motivo do atraso, do cancelamento, da interrupção do serviço e da preterição deverá ser prestada por escrito pelo transportador, sempre que solicitada pelo passageiro.

Art. 21. O transportador deverá oferecer as alternativas de reacomodação, reembolso e execução do serviço por outra modalidade de transporte, devendo a escolha ser do passageiro, nos seguintes casos:

I - atraso de voo por mais de quatro horas em relação ao horário originalmente contratado;

II - cancelamento de voo ou interrupção do serviço;

III - preterição de passageiro; e

IV - perda de voo subsequente pelo passageiro, nos voos com conexão, inclusive nos casos de troca de aeroportos, quando a causa da perda for do transportador.

Parágrafo único. As alternativas previstas no caput deste artigo deverão ser imediatamente oferecidas aos passageiros quando o transportador dispuser antecipadamente da informação de que o voo atrasará mais de 4 (quatro) horas em relação ao horário originalmente contratado (BRASIL, 2016).

Na ocorrência dos casos anteriormente citados, há a demanda de fornecimento assistência material, conforme o art. 26 e 27 da mencionada Resolução, que concede a assistência material oferecendo de maneira gratuita ao passageiro, a partir do tempo

previsto para a decolagem da aeronave, a garantia de que suas necessidades serão atendidas. Em resumo, nos casos de atraso superior ao tempo de 1 (uma) hora, é dever da companhia oferecer auxílio e viabilidade de comunicação; quando este período for superior a 2 (duas) horas, o provimento de alimentação, dependendo do horário e tempo de aguardo; ao se passarem 4 (quatro) horas surge a alternativa de concessão de hospedagem, podendo ser cumulada à auxílio no transporte do passageiro de ida e volta ao aeroporto.

De maneira não onerosa, o passageiro pode fazer o uso de acomodações em voos para igual destino na primeira oportunidade de reencaixe em percurso disponível, inclusive sendo oferecidas por meio de voos de terceiro. Poderá também realizar a mudança de data, que deve ser feita de maneira gratuita, porém em voo da companhia inicialmente contratada, conforme disposto no art. 28.

No caso de o consumidor decidir pela desistência da viagem, recai a prerrogativa de receber o valor integral disponível no ato da aquisição da passagem, dentro de um prazo de 7 (sete) dias, que se conta do momento de solicitação. Tendo direito ao reembolso proporcional de deslocamentos realizados anteriormente ao ocorrido, referente ao trecho que não foi percorrido pelo passageiro, conforme art. 20 e 30.

A efetivação dessa resolução é dever da transportadora aérea, para que não haja necessidade de que o passageiro procure meios judiciais. Desta forma, em casos de violação do dever, a resolução estipula à companhia aérea uma punição pecuniária de no mínimo R \$20.000,00 (vinte mil reais) e que pode chegar ao máximo de R \$50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme art. 43 (BRASIL, 2016).

Entretanto, cumpre salientar que no transporte aéreo doméstico, os contratos firmados para trânsito com saída e chegada dentro do Brasil, além da Resolução que dita regras internas acerca da locomoção aérea, incide o Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986) e o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que incluem a regulação do transporte nos limites de território dentro do Estado. Por outro lado, ao levar em consideração que no contrato de transporte aéreo se há uma relação consumerista, retorna a discussão doutrinária e jurisprudencial referente à incidência do CDC diante dos demais diplomas legais.

5 O Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil tem o intuito de reparar ou amenizar os danos causados ao patrimônio ou à moral da vítima que foram lesados, como já conceituado anteriormente.

Segundo Venosa (2017, p. 433), "quando uma pessoa, seja jurídica ou natural, possui o dever de arcar com as consequências de um negócio, fato ou ato danoso, é utilizado o

termo: responsabilidade". Assim dizendo, a ação humana que viola o direito de outro indivíduo, resulta em uma atribuição de indenizar, a responsabilidade civil tem por objetivo a reparação ou restituição deste dano e se encontra no ordenamento jurídico de forma detalhada e fundamentada.

Neste sentido, o Código Civil (2002) preceitua em seus art. 186 e 187:

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

Isto posto, é possível verificar que a lesão pode ser decorrente de duas situações, pela responsabilidade contratual, iniciando no momento da violação de uma responsabilidade anteriormente exercida pela empresa através de um acordo mútuo, ou então pelo dever extracontratual, que advém de algum ato ilícito.

Se preexistir um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento, temos a responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo; se esse dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite, temos a responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto (CAVALIERI FILHO, 2010).

É notável que o contrato aéreo se encaixa na obrigação contratual, que advinda do pacto entre as partes. A legislação brasileira, no mês de março de 1991, adotou o CDC, com o fim de regularizar as relações consumeristas e oferecer a devida proteção aos consumidores, pelo fato de possuírem certa vulnerabilidade. Todavia, a variedade de leis que versam sobre os vínculos de consumo, assim como as leis específicas que tratam sobre os transportadores aéreos (incluindo as convenções internacionais) faz com que haja posições opostas, gerando uma oscilação na jurisprudência relativa à imposição das normas.

Por ser uma lei de princípios base, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078) atinge toda e qualquer relação jurídica que possua relação com o consumo. Desta forma, qualquer conflito existente entre leis anteriores e o código pode gerar a perda de eficácia

e torná-las nulas. Em seu art. 14, o CDC confere responsabilidade objetiva aos fornecedores do serviço que provoquem prejuízos ao consumidor, seja com ou sem culpa (BRASIL, 1990).

O princípio da reparação integral do dano foi adotado tanto pelo Código Civil, por meio do art. 944, quanto pelo CDC. No Código Civil, a reparação deve ser medida pela extensão dos danos, enquanto o Código do Consumidor intervém no sentido de que a reparação dos danos morais e patrimoniais é um direito basilar do consumidor, art. 6 (BRASIL, 2002).

Sendo assim, confirma-se que a responsabilidade adotada pelo CDC é a objetiva, porém, se resume aos casos que envolvem voos internos, concedendo ao consumidor certa liberdade para exigir do transportador aéreo a reexecução efetiva dos serviços, restituição do valor/abatimento do valor e ainda ajuizar ação de indenização por eventuais danos materiais e morais sofridos em decorrência da má qualidade da prestação daquele serviço, dentro de território nacional.

5.1 Excludentes de responsabilidade

Apesar da visível proteção aos consumidores no ordenamento jurídico, para que a equidade seja alcançada existem as excludentes de responsabilidade que podem vir a eximir a companhia aérea da obrigação. Para que isso seja possível não basta a companhia apenas se eximir da culpa, mas há a indispensabilidade de comprovar que o evento que gerou o dano ocorreu por força maior, culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito, que se comprovados podem colocar fim na possibilidade de pretensão indenizatória.

Segundo Stoco (2011, p. 11): “o caso fortuito, é quando se considera impossível em razão de sua imprevisibilidade”, pode ser visto, por exemplo, quando ocorrem nevascas, tempestades, enchentes e situações semelhantes, relacionadas às forças naturais. Assim sendo, não poderiam ser evitados, tornando incoerente a responsabilização de alguém nas situações que resultam em danos a outras pessoas.

O Código Civil, no parágrafo único do art. 738, disciplina a excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, que ocorre quando o agente estabelece sua contribuição para a ocorrência do evento danoso. Da mesma maneira, o art. 14, §3, II, do CDC, dispõe que se há a prova de culpa restrita da vítima ou então de terceiro, o agente que forneceu o serviço não será responsabilizado. Já sob a visão da Convenção de Montreal, segundo seu art. 20, se comprovado que o solicitante da indenização ocasionou o prejuízo por erro, negligência ou omissão, se tornará eximido da obrigação parcial ou totalmente (BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, traz excludentes tocantes aos atrasos no transporte de passageiros, carga ou bagagem, ao demonstrar isento da responsabilidade de indenização,

o transportador que puder provar que exauriu todas as possíveis medidas para evitar a ocorrência do fato (Art. 19).

No entanto, este dispositivo afronta a responsabilidade objetiva conferida ao transportador, que faz menção à teoria do risco, a qual independe de culpa e não permite a exoneração do fornecedor diante da obrigação (CAVALIERI FILHO, 2010). Assim sendo, estaria contrariando também o disposto no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, que afirma que a responsabilidade atribuída ao transportador é sempre objetiva.

6 Limitação Tarifária e Divergência Doutrinária e Jurisprudencial

O CDC proíbe a limitação tarifária, considerada pela doutrina uma espécie de cláusula de não indenizar. A partir do art. 39, I, está titulada esta prática, vista como abusiva pela doutrina, que tem como objetivo restringir ou anular a responsabilidade do agente causador do dano, dispondo que:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - Condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos (BRASIL, 1990).

Porém, a divergência doutrinária prolonga-se na aplicação desta limitação tarifária nas relações consumeristas relacionadas ao transporte aéreo, uma vez que esta restrição está presente nas Convenções internacionais que versam sobre a matéria.

Cumprido esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor regula as prestações de serviço, portanto, tem competência sobre os contratos voltados ao transporte aéreo, sendo assim, torna nula a adoção de cláusula limitadora de responsabilidade, seja ela para o transporte de carga ou de pessoas. Mas, devido à discordância existente, há a teoria de que o Código Brasileiro de Aeronáutica é lei especial e o Código do Consumidor é uma norma geral, que atua como reguladora dos vínculos de consumo. Contudo, a Convenção de Varsóvia, por se tratar de tratado internacional, prevalece sobre a normativa nacional (CAVALIERI FILHO, 2010).

Além da doutrina, esta divergência continua também nos tribunais, no que toca à Convenção de Varsóvia, o STF em seus julgados RE 80.004 e RE 172.720 - RJ, afirma que os tratados internacionais promulgados pelo Brasil não prevalecem sobre o nosso próprio ordenamento, não sendo hierarquicamente soberanos em relação às normas internas. Dessa forma, não haveria sentido admitir as normas limitadoras de responsabilidade

previstas no texto da Convenção, afastando o CDC, restando demonstrado pelo julgado que:

o fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5º, no que sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil (BRASIL, 2001).

Esta oscilação de posicionamentos e entendimentos Jurisprudenciais e Doutrinários faz com que a supremacia das normas citadas entre em questionamento. Ambas as normativas seguem sendo objeto de fundamentação, pelo fato de que se mantêm em vigor. No entanto, o campo da responsabilidade do transportador que faz menção à relação de consumo ainda gera divergências, a título de exemplo, Cavalieri Filho demonstra que: os cultores do Direito Aeronáutico defendem o princípio de que, no conflito entre a lei interna e o tratado, prevalece o tratado, pelo que o Código de Defesa do Consumidor em nada poderia alterar a Convenção de Varsóvia (CAVALIERI FILHO, 2010).

Contextualizando esta discordância, está presente o instituto jurídico da antinomia, que se caracteriza pela existência de duas (ou mais) normas conflitantes, estas normas podem causar incerteza na aplicação diante de cada caso concreto. Ademais, possíveis contradições parciais ou totais, levariam o legislador a uma imprecisão em sua fundamentação. A antinomia se configura a partir de três condições: incompatibilidade, indecidibilidade e necessidade de decisão entre as normas discutidas (FERRAZ JÚNIOR, 2018).

Acerca da indecidibilidade, a imposição do CDC apresenta diferentes posições na seara do transporte aéreo internacional. O Código de Defesa do Consumidor não teria competência de aplicação ao transporte, por se encaixar como lei genérica que aborda relações de consumo de maneira geral, apesar de assumir sua importância (STOCO, 2011).

A carta Magna, segundo o art. 178, comprova o posicionamento do autor quando determina que atendendo o princípio da reciprocidade, quanto a ordenação internacional do transporte, deverá a lei dispor sobre transportes aquáticos, terrestres e aéreos. Reciprocidade esta, referente ao tratado firmado e promulgado entre 119 países e a União Europeia, que acarreta consequências ao país que descumprir acordos de ordem internacional.

À frente do Direito Internacional, em tese, a não incidência da Convenção de Montreal, iria contra o princípio jurídico *Pacta Sunt Servanda*, o qual demonstra a força

obrigatória dos contratos. Este princípio está presente também na Convenção de Viena, a partir de seu art. 26 que dispõe: qualquer tratado em vigor obriga as partes signatárias e deve ser cumprido de boa fé. Sendo assim, cabe ao País signatário cumprir o estabelecido na Convenção, devido a sua qualidade ou característica de obrigação, que por meio da aplicação contribui para a uniformização das inconformidades relacionados a esta temática.

No tocante a este posicionamento, além da imposição do princípio da especialidade, as regras estabelecidas na Convenção de Montreal não geram desamparo ao consumidor diante de sua vulnerabilidade, apenas harmonizam suas garantias perante o transporte aéreo internacional. Além disso, determinam que o respeito à Convenção decorre dos princípios *Pacta Sunt Servanda* e da boa-fé do Estado consoante à ordem internacional, tornando a negativa de aplicação motivo suficiente para suscitar a responsabilidade internacional do Estado (SALIBA; SOUZA, 2017).

O art. 29 da Convenção de Montreal estabelece que:

no transporte de passageiros, de bagagem e de carga, toda ação de indenização de danos, seja com fundamento na presente Convenção, em um contrato ou em um ato ilícito, seja em qualquer outra causa, somente poderá iniciar-se sujeita a condições e limites de responsabilidade como os previstos na presente Convenção, sem que isso afete a questão de que pessoas podem iniciar as ações e quais são seus respectivos direitos. Em nenhuma das referidas ações se outorgar uma indenização punitiva, exemplar ou de qualquer natureza que não seja compensatória (BRASIL, 2006).

Portanto, a divisão de posicionamentos é encontrada nos tribunais. Como no caso do julgamento do RE 80.004/75 da Suprema Corte (BRASIL, 1977), que firma seu entendimento voltado na visão de que a Convenção, mesmo tendo aplicação do Direito Interno Brasileiro, não se sobrepondo às leis do País. Neste sentido, ocorre a primazia da corrente Monista que defende a predominância do Direito Interno. Entretanto, a decisão não põe fim à antinomia, pois, com o advento do CDC, a prevalência das normas do ordenamento jurídico pátrio entra novamente em questão.

O Ministro Gilmar Mendes, com sua relatoria no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, demonstra o entendimento de que os limites indenizatórios determinados na Convenção de Varsóvia deverão ser aplicados sobrepondo a indenização integral disposta no Código de Defesa do Consumidor. Em suas palavras “a principal controvérsia está em definir se o direito do passageiro à indenização poderia ter limitação por meio de legislação internacional especial, devidamente incorporada à ordem jurídica brasileira” (BRASIL, 2017).

Como justificativa para o voto, Gilmar Mendes relaciona três aspectos para consideração, objetivando a solução da controvérsia: o conflito existente entre o princípio constitucional que fixa a defesa do consumidor e a disposição do art. 178 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o vencimento da antinomia demonstrado na regra do art. 14 da lei 8.078 (BRASIL, 1990) e as regras do art. 22 da Convenção de Varsóvia (BRASIL, 1931) e da Convenção de Montreal (BRASIL, 2006) para Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional; por fim, o alcance que teriam as normas internacionais diante à natureza jurídica do contrato e do dano causado (BRASIL, 2017).

Há também, como opção de solução da antinomia, o chamado critério cronológico, porém este critério acaba sobreposto pelo critério da especialidade. Em tese, ao seguir a base cronológica, vê-se que as modificações da Convenção são posteriores à Lei 8.070 (BRASIL, 1990), sendo a última modificação promulgada em 2006 no Brasil. Porém, ao analisar pelo ponto de vista da especialidade, o Código de Defesa do Consumidor trata as relações de consumo de forma geral, ao passo que o Tratado dá enfoque ao contrato de transporte, como modalidade especial de contrato.

Sendo assim, o relator votou concluindo a prevalência da Convenção de Varsóvia (BRASIL, 1931) e demais acordos internacionais em relação ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), para todos os casos que configuram conflito normativo entre os diplomas. Este tema de repercussão geral concedeu provimento ao Recurso, resultando na redução do valor da condenação pelos danos materiais, com limite que segue o patamar já estabelecido na Convenção de Varsóvia, em seu art. 22 (BRASIL, 2006), seguindo as alterações advindas nos acordos internacionais posteriores. Tendo, portanto, como conclusão o que dispõe o art. 178 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), sobrepondo os tratados e normas internacionais ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) no que tange à responsabilidade das empresas de transporte aéreos de passageiros (BRASIL, 2017).

Diversas decisões judiciais dos últimos anos acerca do tema podem ser encontradas, como por exemplo a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, do ano de 2016, que teve como Relator Des. Samuel Meira Brasil JR., e concluiu pela inaplicabilidade da Convenção. Samuel fundamenta sua decisão no sentido de que a indenização deverá se basear no Código de Defesa do Consumidor e que em cada caso concreto seria viável uma análise específica, sendo assim, afasta as regras previstas nas Convenções Internacionais (BRASIL, 2016).

Em 2018, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio da Apelação Civil nº 70079109526, de 30 de novembro, afastou a aplicação da Convenção de Montreal quando o Relator Pedro Luiz Pozza justificou que os danos resultantes de destruição, perda, avaria ou atraso na bagagem do passageiro são tipicamente culposos, caracterizando competência do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2018).

A partir disso, pode-se verificar que os Tribunais estão defendendo a prevalência da adoção da Convenção e de suas regras. Mas este posicionamento não é unânime, ocasionando conflito com o instituto da Repercussão Geral. Este instituto reserva ao STF o julgamento dos temas discutidos nos recursos extraordinários que tratam de matérias relevantes à economia, política, aspecto social ou jurídico e que de alguma forma extrapolam os interesses subjetivos da causa. Essa falta de posição democrática para todos os julgados faz com que ainda haja antinomia entre as normas, resultando em desamparo e vulnerabilidade ao consumidor.

Conclusão

A divergência entre normas tem seu enfoque na limitação indenizatória nos casos de danos causados ao usuário destes serviços. A partir disso, relevantes doutrinadores permanecem com seu posicionamento voltado ao CDC por se tratar de norma constitucional, reforçando assim, a superioridade hierárquica diante das demais normas do ordenamento jurídico. Porém, o fato de que há uma vantagem na aplicação do Código do Consumidor não afasta o advento da ratificação e aceitação da Convenção pelo país, que ocorreu de maneira livre e espontânea. Para fins de solução de antinomias no âmbito do transporte aéreo, não seria a melhor escolha utilizar os critérios tradicionais, como o da especialidade e o critério cronológico, pelo fato de que o CDC tem origem constitucional e em sua teoria abrange normas de interesse social e ordem pública. Por isso, não há de se falar de seu afastamento em qualquer relação de consumo, inclusive nos contratos de transporte internacional.

Seguindo a Carta Magna, há um acordo assinado abrangendo os demais Estados que também deve ser levado em consideração. Ademais, há de se atentar que o transporte aéreo se tornou o meio de transporte mais seguro e cada dia mais contribui de forma significativa como potência mundial em relação à economia. Desta forma, seguindo a evolução do transporte aéreo, interessa a possibilidade de tornar a responsabilidade civil igualitária para as partes que são atingidas, por meio de uma reforma das cláusulas que abordam o tema.

A criação da Convenção de Varsóvia ocorreu em um cenário de grande vulnerabilidade da aviação civil. Atualmente essa não é mais uma realidade, já que a vulnerabilidade passou a ser dos consumidores deste transporte, que regularmente sentem os efeitos do não cumprimento eficaz do serviço proposto pela companhia aérea. Com isso, desenvolve-se a necessidade de adequar a legislação ao dia a dia deste setor, com o objetivo de garantir ao consumidor a proteção que se encontra instituída constitucionalmente.

Outrossim, as Convenções de Montreal e Varsóvia possuem lacunas que se preenchem pela legislação nacional, a partir de uma harmonia entre as convenções, o

Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil que regula incidentes sobre todos os contratos de transporte e abrange os princípios base do ordenamento jurídico do país.

Após analisar diferentes posições adotadas pelos tribunais e doutrinas, verifica-se, portanto, que, mesmo com intensas modificações e aperfeiçoamentos na Convenção de Varsóvia, o Código do Consumidor continua limitando a evolução de sua aplicação. Este código visa proteger a vulnerabilidade e trazer segurança à parte, que na relação de consumo é considerada a parte mais frágil.

Isto posto, o diálogo entre as regras demonstra que não se aplica uma norma jurídica de forma isolada em detrimento de outra, e sim há uma harmonia e complementação de seus conteúdos no momento de aplicação aos casos concretos, entretanto, seguindo a hermenêutica constitucional, em sua maioria, dá-se a preferência aos dispositivos das Convenções Internacionais.

Referências

ACCIOLY, H.; CASELLA, P. B.; SILVA, G. E. D. N. Manual de direito internacional público. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Glossário. 2021. Disponível em:
<<http://www.bcb.gov.br/Glossario.asp?idioma=P>>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, Promulga a Convenção de Varsovia, para a unificação de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional. 1931. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20704.htm>. Acesso em: 25 set 2021.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica 1986. 1986. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, Institui o Código Civil. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.910, de 27 de setembro de 2006, Promulga a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5910.htm>. Acesso em: 25 ser. 2021.

BRASIL. Resolução nº 400, de 13 de dezembro de 2016, Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2017-0434.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Para Terceira Turma, dano moral a passageiro de voo internacional não se submete à Convenção de Montreal. 2020. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Terceira-Turma--dano-moral-a-passageiro-de-voo-internacional-nao-se-submete-a-Convencao-de-Montreal.aspx>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 80.004. 1977. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento AI 351012 RJ. 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819397/agravo-de-instrumento-ai-351012-rj-stf/amp>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 636331. 2017. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Terceira Câmara Cível. Apelação 0035550-34.2013.8.08.0024. 2016. Disponível em: <<https://tjes.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340675420/apelacao-apl-355503420138080024>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70079109526. 2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/657745596/apelacao-civel-ac-70079109526-rs>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Acórdão nº 1221119. 2020a. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1121664984/7003813720208070020-df-0700381-3720208070020>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível 0721707-81.2018.8.07.0001. 2020b. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-DF/attachments/TJ-DF_07217078120188070001_51159.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1638307130&Signature=wbFuxGqxc8LqXf%2Bh55WI3Owk6yg%3D>. Acesso em: 30 nov. 2021.

CAVALIERI FILHO, S. Programa de Responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GONÇALVES, C. R. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://direitouninvest.files.wordpress.com/2016/03/direito-civil-brasileiro-2012-vol-1-parte-geral-carlos-roberto-gonc3a7alves.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MAGALHÃES, J. D. M. Dano Moral. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2002.

MALAGOLI, K. História da aviação: dos primeiros desenhos ao futuro da aviação. Monografia (Bacharel em Ciências Aeronáuticas) - Curso de graduação em Ciências Aeronáuticas - Universidade do Sul de Santa Catarina, 2020. Disponível em: <<https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/8130/1/Monografia%20-%20Kevyn%20Malagoli.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. Manual de direito do consumidor. 6. ed. São Paulo: RT, 2014.

MAZZUOLI, V. D. O. Curso de Direito Internacional Público. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MORSELLO, M. F. Responsabilidade civil no transporte aéreo. São Paulo: Atlas, 2006.

RONDÔNIA. (Estado). Diário de Justiça do Estado de Rondônia. Página 734 do Diário de Justiça do Estado de Rondônia, (DJRO) de 2 de Dezembro. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/105486324/djro-02-12-2015-pg-734>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SALIBA, A. T.; SOUZA, A. R. D. A aplicabilidade da convenção de Montreal no direito brasileiro. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 2, p. 429-448, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/rdi/article/download/4543/pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2021.

STOCO, R. Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VENOSA, S. D. S. Direito civil: Obrigações e responsabilidade civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL

JOÃO ALBERTO LEAL DE LIMA:

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ ¹⁹

(orientador)

RESUMO: o presente artigo aborda a quebra da cadeia de custódia e as consequências para o processo penal, utilizando-se, precipuamente, a metodologia dedutiva e bibliográfica. Para tanto, busca realizar um exame mais aprofundado do significado da cadeia de custódia e sua relevância como meio de garantir a confiabilidade das provas produzidas, desde o início da persecução penal até a valoração pelo magistrado, permitindo, assim, a verificação cronológica existencial e tentando garantir um julgamento justo. Primeiramente, discorreu-se sobre a prova no processo penal, depois explica os procedimentos do instituto da cadeia de custódia, sua importância e como as alterações do pacote anticrime implicam na resolução dos fatos durante a persecução penal, e por último, desenvolveu-se sobre a quebra da cadeia de custódia e como esse acontecimento pode levar a dúvidas razoáveis quanto à confiabilidade da prova para o julgamento do processo. Conclusivamente, verifica-se que não só a quebra da cadeia de custódia torna-se um problema ao processo penal, mas a ausência de centrais de custódia para o processamento, análise e armazenamento das provas torna-se um defeito ao processo por um todo.

Palavras-chave: Cadeia de Custódia. Procedimento. Confiabilidade da prova.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas enfrentados dentro do processo penal é a existência de nulidades nas provas que acabam afetando o mérito do processo, isso porque, por vezes, o vício é insanável. Em decorrência dessa realidade, as provas no processo tornam-se um tema de suma importância para o procedimento penal, uma vez que através delas é

¹⁹ Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail: rogerioxerezadv@hotmail.com.*

possível comprovar a existência da verdade de um fato e até influenciar diretamente no convencimento do julgador.

Por essa razão, o legislador através da Lei nº 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal o instituto da cadeia de custódia através dos artigos 158-A a 158-F, deixando clara a importância da preservação da prova para o processo penal.

Conforme será abordado no presente trabalho de pesquisa, a cadeia de custódia, conhecida até então apenas pela doutrina, passou a ser um instituto explícito no CPP, sendo por ele regulamentada. Desse modo, com a inclusão desse novo procedimento, muito há que se discutir quanto à inserção dessa nova modalidade de preservação dos vestígios para o processo penal, visto que é um instituto que busca garantir a preservação dos elementos de convicção do juiz.

Neste sentido, a temática central do estudo visa analisar quais as consequências do desrespeito das normas previstas na cadeia de custódia ao processo penal. Objetiva-se, desse modo, explicar os procedimentos do instituto da cadeia de custódia, sua importância e como as alterações do pacote anticrime implicam na resolução dos fatos durante a persecução penal, além de buscar identificar se a quebra no procedimento pode levar a dúvidas razoáveis quanto à confiabilidade da prova para o julgamento do processo.

Deste modo, a metodologia a ser aplicada será bibliográfica do tipo dedutiva, onde será feita uma busca qualitativa com o intuito de se aproximar da resposta para a problemática estabelecida, a fim de trazer uma abordagem mais compreensiva e detalhada através de fontes doutrinárias constantes em livros e na internet. Para tanto, o presente artigo foi dividido em 3 capítulos.

O primeiro capítulo trará aspectos sobre as provas no processo penal, seu conceito, finalidade e espécies e, ainda, mostrará as perícias como elemento essencial para averiguação dos fatos que deixam vestígios.

O segundo capítulo trará aspectos formais do instituto da cadeia de custódia, seu conceito e finalidade, bem como a diferença entre o instituto da cadeia de custódia e a cadeia de custódia da prova, além das alterações no Código Processual Penal pelo Pacote Anticrime.

O terceiro e último capítulo trata sobre as consequências jurídicas que decorrem da quebra do instituto da cadeia de custódia, explicando o que é e quando ocorre à quebra da cadeia de custódia, como a falta de uma fase do procedimento pode influenciar no julgamento.

Além disso, também discorre sobre a ilicitude da prova decorrente da quebra da cadeia de custódia e uma abordagem sobre as garantias constitucionais tais como o

devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e principalmente a presunção de inocência em caso de dúvida razoável decorrente do lastro probatório anexado aos autos processuais.

2. PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Conceito de prova

A prova pode ser definida com meio instrumental que os sujeitos de um processo utilizam para comprovar os fatos da causa em discussão. É um elemento utilizado tanto pela defesa como pela acusação, fornece no processo, o conhecimento dos fatos, gera no outro a convicção ou não de determina situação.

De acordo com o vocabulário jurídico, a palavra prova origina-se do latim *probatio*, emanando do verbo *probare*, significando demonstração, reconhecimento ou formação de juízo. Em termos técnicos, como conotação jurídica, entende-se que prova trata-se da demonstração que é feita, pelos meios processualmente permitidos, da existência ou veracidade de um fato.

Sobre o tem definiu Rangel,

A produção de provas se dá quando as partes exercem o contraditório sobre os meios de provas que foram elegidos pelas partes, sendo o momento de maior tensão probatória, em que as partes, dentro do processo justo, discutem a veracidade, idoneidade, credibilidade e legalidade das provas, ou seja, as provas que as partes indicaram são submetidas ao crivo do contraditório (RANGEL, 2017, p. 512)

Nesse sentido, a prova é utilizada nos processos como meio de aproximar o julgador da verdade de um fato, auxiliando no convencimento do magistrado. Lopes Jr (2020, p. 421) explica que a prova influenciará a convicção do julgador e legitimará a sentença. Isso acontece porque, em regra, ela é produzida durante toda a persecução penal.

Frente à importância da finalidade da prova, tem se que o ordenamento jurídico pátrio através do Código de Processo Penal (CPP) contém um título próprio sobre as provas na persecução penal objetivando explicar como se dá o processo e a inclusão das provas e apontar prejuízos jurídicos em caso de nulidades total ou parcial, que causem prejuízo

para a acusação e defesa, definindo o tempo de preclusão para argui-las e ainda a extensão de sua afetação.

A posição do autor mencionado encontra correlação com o art. 155 do CPP que prevê:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2019).

Em se tratando das provas utilizadas no procedimento penal, cumpre esclarecer que a livre apreciação da prova pelo magistrado permite que tanto a acusação como a defesa possam contraditar as provas e ainda produzi-las.

Esse direito é um desdobramento do direito de ação, por isso, caso haja um indeferimento judicial injustificável quanto a um pedido de produção de determinada prova, os interessados podem utilizar um mandado de segurança como remédio constitucional, já que a prova como definida é um meio instrumental do processo.

Isso ocorre porque conforme definido, os objetos de prova são os fatos, inerentes à resolução da demanda, assim, tudo que importa ao conflito ajudará a formar o convencimento do magistrado, seja o depoimento das testemunhas, os objetos no local do crime, laudos de exames e outros e podem ser utilizados como fontes ou meios de provas.

Logo, a vinculação das provas acompanhadas de outros sujeitos e fatores formam o "processo", que limitam-se a "um conjunto de atos legalmente ordenados para apurar um fato, autoria e possibilitar a aplicação da lei ao final como forma de justiça" (Lopes Jr., 2020, p. 422). Apesar disso, a justiça humana não é uma garantia absoluta já que se constrói sobre juízos probabilísticos alcançados durante a instrução.

2.2 Finalidade da prova

A finalidade da prova é o convencer o juiz, que é o seu destinatário. Neste sentido,

O objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato

conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma (RANGEL, 2017, p.515).

Após o conhecimento sobre os fatos, o julgador chega o momento de valoração da prova, é a fase em que o juiz com base no material anexado aos autos pode exercer seu poder instrutório, utilizando seu critério avaliativo sobre as provas que possui para fundamentar sua decisão.

As provas que são produzidas durante a instrução penal serão valoradas, no entanto, há a possibilidade de durante a instrução tomar-se conhecimento de provas ilícitas ou ilegítimas. Diante dessa situação, deverão ser desentranhadas e só depois de feito isso, o julgador deverá formar seu juízo de convicção baseado em sua liberdade de decidir o caso.

Adotando para isso um dos três sistemas de valoração da prova: a íntima convicção do juiz; a verdade legal ou formal ou o livre convencimento motivado.

Consoante o primeiro sistema – a íntima convicção do juiz – tem o juiz a ampla liberdade de decidir, se convencendo da verdade dos fatos por critérios de valoração íntima, independentemente do que conste ou não nos autos, sem obrigação de fundamentar (CAGLIARI, 2020, p. 13). É o sistema comum do tribunal do júri, já que os jurados não são obrigados a mencionarem suas razões, limitando-se a responderem sim ou não aos quesitos apresentados. Esse sistema é inconveniente ao processo penal pois gera uma enorme insegurança jurídica.

O segundo sistema – da verdade legal ou formal – é diametralmente oposto ao anterior. Cada prova tem seu peso e valor, ficando o juiz vinculado dosimetricamente às provas apresentadas (CAGLIARI, 2020, p. 13). Esse sistema, durante a evolução histórico jurídica, representa a reação extremada ao sistema da convicção íntima, que se constituiu em instrumento de arbítrio, uma vez que de nada valia a prova consistente e produzida corretamente se, ao depois, poderia o juiz decidir segundo sua própria consciência.

A união desses dois sistemas evoluiu para a construção do terceiro – o do livre convencimento motivado –, livre do perigo do arbítrio judicial que o sistema da convicção íntima causava, e sem restringir os movimentos do juiz para investigar a verdade, como se verificava no sistema das provas. Por este sistema, mantém-se ao juiz a liberdade de apreciação e valoração das provas, mas vincula o seu convencimento ao material probatório constante dos autos, e o obriga a fundamentar sua decisão (CAGLIARI, 2020, p. 13).

Assim, ainda que o magistrado possa decidir o caso com base na sua convicção, existe um dever de fundamentar suas razões. Em razão disso, um elemento se torna essencial para auxiliá-lo, o conhecimento técnico sobre determinado assunto ou crime, para exemplificar, traremos adiante explicações acerca das provas que exigem perícia.

2.3 Espécies de prova

As provas são classificadas quanto ao valor, objeto, sujeito e forma. Quanto ao valor refere-se ao grau de certeza ou incerteza gerado pela apreciação da prova, podendo dividir-se em prova plena ou não plena; quanto ao objeto exprime a relação da prova com o fato a ser provado, podendo ser um objeto direto ou indireto. Com relação ao sujeito dividem-se em reais e pessoais, real pois consiste em algo externo, como o lugar e o pessoal consiste na revelação de alguém, depoimento, por exemplo.

Nesse sentido, em razão do princípio da liberdade das provas adotado pelo Código de Processo Penal, existe autorização para que os sujeitos ligados a determinado fato possam produzir provas, desde que se atentem a moral e a dignidade da pessoa humana (CAGLIARI, 2020, p. 10). Ainda que não fiquem atreladas às provas previstas em lei, em regra, as partes não podem utilizar-se de provas ilícitas, exceto quando é necessária e a única maneira de inocentar um réu.

Essa exceção decorre do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, que deve observar as circunstâncias do conflito, por isso, existem situações que a doutrina e a jurisprudência tendem a admitir a prova ilícita ou derivada da ilícita para que não seja prejudicado o direito de locomoção de um inocente ou pela relevância ao interesse público a ser protegido (LOPES JR, 2020, p. 35)

Diante do exposto, uma das espécies de prova mais discutida dentro do instituto da cadeia de custódia é a prova pericial e o exame de corpo de delito.

A perícia é um meio de prova que leva ao conhecimento do juiz os fatos constatados por exames realizados nos vestígios deixados no corpo ou local do crime, é um dos meios probatórios que possui maior credibilidade. Por se tratar de uma prova que carece de base científica e técnica para analisar a circunstância encontrada no local do crime, além de permitir, muitas vezes, a reconstituição dos fatos.

Imperioso destacar que a perícia não é imune a erros, por isso mesmo, é suscetível a demonstrar um grau maior ou menor de um aspecto do crime. Por tal relativismo desta espécie de prova é que se torna oportuno mencionar o que consta da Exposição de Motivos do CPP, verbis: "todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outras".

Por isso, o magistrado não fica adstrito ao laudo pericial, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte (art. 182, CPP, 2019), no entanto, o laudo torna-se imprescindível em alguns casos, principalmente quando a perícia é realizada através do exame de corpo de delito.

A realização do exame de corpo de delito ocorre quando os crimes deixam marcas visíveis e podem identificar os autores do crime através do estudo das circunstâncias. O artigo 158 do CPP trouxe a obrigatoriedade do exame de corpo de delito para infrações que deixarem vestígios com o objetivo de fundamentar a decisão, com provas pertinentes, quando o fato exigir a interpretação de elementos físicos para se chegar à autoria da prática criminosa (BRASIL, 2019)

Logo, se o crime deixar vestígio, necessário se faz que o inquérito esteja acompanhado do exame de corpo de delito, pois o laudo pericial é requisito essencial, não podendo ser substituído pela prova testemunhal ou confissão. Os crimes que são objetos de prova pericial tendem a ser mais gravosos, com sinais físicos em que se ofende diretamente a integridade da pessoa, por exemplo, os crimes sexuais.

Nesses crimes, apesar da valoração que é dada a palavra da vítima, esta não se sobrepõe as condições para o ajuizamento da ação penal, o que deve ter um suporte mínimo de prova, pois sem isto, a acusação carecerá de admissibilidade.

Por essas razões, as perícias devem ser valoradas diferentes das outras provas admitidas no processo penal. Para Greco Filho (2016, p. 207), os exames são importantes para trazer credibilidade à prova. Ele afirma que “os exames ou perícias em geral são verificações elaboradas por técnicos ou pessoas com conhecimento do objeto do exame”.

Por isso, visando à idoneidade da prova, o exame de corpo de delito é realizado por perito oficial e com conhecimento na área de atuação, bem como na análise do vestígio encontrado para transparecer ao juiz expertise na conclusão do laudo.

A perícia é importante e muitas vezes necessária para esclarecer os fatos controvertidos que exigem conhecimento técnico-científico especializado. Através dela é possível buscar a elucidação do crime, para que assim, o juiz julgue de forma justa os fatos do processo penal.

Embora tenha sido mencionado apenas o exame de corpo de delito, faz-se mister explicar que existem outros tipos de perícias, que podem ser realizadas no local do crime, em laboratórios, no DNA e outros, mas a estas é facultado a autoridade judicial ou às partes a sua realização.

Nesse sentido, a prova pericial é materializada através dos mais diversos exames periciais e podem ocorrer em qualquer fase processual penal, tanto no inquérito como na instrução.

Ressalta-se ainda uma das características mais importantes da prova pericial, qual seja, a impossibilidade de repetição de um exame pericial no processo porque se trata de uma prova não repetível, e por isso possui uma credibilidade única, pois esse tipo de prova é menos suscetível a influência humana quando comparado com outras provas subjetivas, por exemplo, a prova testemunhal que sofre de influência externa.

Portanto, a prova pericial baseia-se na coleta dos vestígios deixados no local do crime ou até mesmo na vítima, no caso de homicídio, por exemplo, para a posterior avaliação científica, para auxiliar na solução de uma infração penal. À vista disso, é notável que o legislador brasileiro considerou de grande relevância a realização da perícia, podendo ser nulo o processo na ausência deste exame, conforme o CPP:

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...] III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...] b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167” (BRASIL, 2019).

Portanto, visando respeitar aos aspectos técnicos da prova pericial, principalmente, surgiu para o direito um instituto que busca preservar a idoneidade das provas colhidas na persecução penal, o chamado instituto da cadeia de custódia, tema principal deste estudo e será abordado adiante;

3. A CADEIA DE CUSTÓDIA

O tema que diz respeito à cadeia de custódia da prova não possuía expressa regulamentação na legislação processual penal, embora a Secretaria Nacional de Segurança Pública já houvesse regulamentado a matéria pela portaria 82, de 16 de julho de 2014 e a doutrina a identificasse no art. 6º, inc. I e III do CPP por meio de interpretação sistemática, sempre houve um empecilho na prática.

Por conseguinte, serão abordados dentro deste capítulo o conceito de cadeia de custódia, a cadeia de custódia das provas, que apesar de serem palavras homônimas tem significados distintos e as alterações legislativas trazidas pelo pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019).

3.1 Conceito de cadeia de custódia

A cadeia de custódia é um instituto utilizado para denominar um processo de registro metódico, cronológico e detalhado do caminho dos vestígios coletados no local de um crime, que posteriormente serão analisados e apresentados em forma de laudo pericial para instruir um processo.

O conceito de cadeia de custódia possui natureza legal e está elencado no art. 158-A do CPP:

Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. (BRASIL, 2019)

Logo, a cadeia de custódia da prova é um procedimento de suma importância para a garantia e transparência na investigação criminal no momento da apuração da prova material, isso porque “abarcava todo o caminho que deve ser percorrido pela prova até sua exata análise e escoreta inserção no processo, sendo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade” (MARGRAF, A.F; PESCH, N.M., 2018, p. 241)

Trata-se de um relato fiel de todas as ocorrências da evidência, que vinculam os fatos e cria um lastro de autenticidade jurídica entre o tipo criminal, o autor e a vítima. Melhor esclarecendo, Geraldo Prado assinala que “a cadeia de custódia, objetiva-se a autenticidade da prova com o fim de minorar os riscos de erro judiciário” (PRADO, 2019, p. 95).

Cabe ressaltar que apesar de não ser um instituto novo, a cultura de cumprimento da cadeia de custódia é pouco conhecida, ante a ausência do hábito de cumprimento fiel aos preceitos técnicos e científicos já evidenciados pelo legislador de forma esparsa no CPP.

Apesar disso, a cadeia de custódia da prova pericial é construída por vários atos interligados, sem lacunas, visando à segurança e confiabilidade do processo em que os vestígios estão submetidos.

3.2 A cadeia de custódia das provas

A cadeia de custódia da prova discute não o instituto, mas o manuseio dos indícios, serve para garantir a fiabilidade da prova encontrada ou trazida ao processo. Nas palavras de Geraldo Prado: "A cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a fidelidade do instrumento probatório, ao colocá-lo sob a proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória"(2018, p. 86).

O instituto da cadeia de custódia tem o objetivo principal de estabelecer protocolos, procedimentos e metodologias, por meio de edição de normas, padronizando as perícias criminais. Por outro lado, a cadeia de custódia da prova cuida do manuseio dos indícios, buscando assegurar a originalidade, autenticidade e integridade deles, o que garantirá a idoneidade e transparência na produção da prova técnica.

Segundo Baldasso (2017, p. 22) "o valor agregado da prova é medido pela normativa que demonstra o seu manejo idôneo". Ou seja, tudo importa ao caso, desde o momento da colheita dos vestígios na cena do crime até a elaboração do laudo e posterior armazenamento, tudo deve ser registrado. Que agente recolheu, quem acondicionou, que produtos foram usados, se foi reaberto ou qualquer outro motivo.

Todo o procedimento mencionado serve para que haja fiabilidade das provas, por isso é preciso que o caminho do vestígio seja o mais curto possível, assim como deve ainda haver o preparo ideal das peças para os exames. Ainda nas palavras da autora Baldasso(2017, p. 24) "o registro no laudo pericial das alterações no estado original das coisas evitarão interpretações errôneas a respeito da dinâmica dos fatos".

Por essa razão, o ideal é que o material usado para a cadeia de custódia da prova seja dos mais sofisticados e resistentes para que, futuramente, caso seja necessário, seja possível reanalisar a prova, reconstruindo todo o histórico da elaboração da perícia em evidência, por isso a necessidade que tudo seja documentado.

A cadeia de custódia do material probante surge, no acervo dogmático, como o direito das partes conhecerem todo o percurso da fonte de prova ou meio de investigação, para acautelar o preceito da ampla defesa verificando a legalidade nas fases da custódia.

O manuseio correto e de qualidade do material nos atos da perícia não irá evitar todos os erros que ocorrem nos tribunais brasileiros, porque, de tempos em tempos, os consensos científicos se atualizam e o que hoje é verdade, no futuro deixa de ser. No entanto, pode evitar que a população seja submetida a processos e prisões por conta de graves problemas que inviabilizam as provas e geram dúvidas ao julgador.

3.3 Alterações no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime

Com a inclusão de seis novos artigos no CPP, a cadeia de custódia foi inserida no ordenamento pátrio. Em síntese, o legislador pátrio estabeleceu todo o percurso da prova penal, desde seu surgimento até seu perecimento, com isso, houve uma profissionalização da cadeia de custódia da prova, que foi um dos maiores avanços normativos do pacote anticrime, tendo em vista a preocupação de pormenorizar o procedimento de preservação da prova.

Isso pode ser evidenciado pela leitura dos seguintes dispositivos contidos no art. 158-A do CPP:

§ 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de

vestígio.

§ 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação.

§ 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal (BRASIL, 2019).

Observa-se que o legislador se preocupou em destacar como o profissional que irá atender a ocorrência deve se comportar a fim de preservar a credibilidade das provas. Percebe-se que a inclusão desse procedimento faz com que tenha ao menos mecanismos para questionar o Estado com relação as cautelas necessárias para a manutenção da identidade do material apreendido.

Nesse sentido, importante elencar o artigo 158-B do CPP, que compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:

I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;

III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;

IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;

V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;

VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;

VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;

VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;

IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para

realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;

X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (BRASIL, 2019).

Em suma, o dispositivo estabeleceu todo o percurso da prova penal, a fim de garantir a preservação da integridade da prova, documentando, inclusive, os agentes estatais que tiverem contato com a prova.

No artigo 158-C do CPP, conferiu-se a preferência ao perito oficial para a coleta dos vestígios, tipificando o crime de fraude processual a remoção de qualquer vestígio do crime antes da liberação pelo perito responsável. Impôs-se ainda que o material recolhido seja acondicionado, com numeração individualizada (art. 158-D, §1º do CPP), somente podendo ser aberto pelo perito que fará a análise e, motivadamente por pessoa autorizada (art. 158-D, §4º do CPP).

Os novos dispositivos preocuparam-se em impor que os Institutos de Criminalística passem a ter obrigatoriamente uma central de custódia para a guarda e controle dos vestígios em um local que se preserve as características originais da prova.

Todo esse procedimento descrito, desde a coleta tem o intuito de observar as garantias constitucionais. Apesar de não haver previsão legal das consequências para os agentes em caso de descumprimento desses dispositivos, para o processo, desrespeitar os procedimentos causa a chamada quebra da cadeia de custódia que pode até mesmo anular um processo.

Nesse sentido, o princípio do devido processo legal é o que protege a plenitude da defesa no decorrer dos procedimentos processuais evitando que as partes tenham eventuais prejuízos por ação incorreta no procedimento da cadeia de custódia. Esse princípio garante no âmbito do processo sancionatório penal à vinculação do estado a padrões normativos que regulam e limitam, através de leis, o poder do Estado.

Esses padrões normativos impostos dentro do procedimento da cadeia de custódia tornam-se um meio de proteção ao processo. Isso porque apesar da imposição ao órgão acusador do ônus da prova, autoriza ao réu, sob a égide do contraditório, contraditar todos os elementos probatórios produzidos e até buscar anulações que o beneficiem.

Por essa razão, o ônus da prova torna-se elemento importante dentro da persecução penal na busca da verdade real quando fundamentado no instituto da cadeia de custódia. Contudo, muito se discute quanto a possibilidade das partes se inserirem no processo, como sujeitos ativos.

Na prática, é comum os casos em que algumas autoridades e prepostos das investigações descartam fontes, apagam registros de celulares e computadores apreendidos em troca de benefícios, principalmente financeiros. Em suma, tornam a prova imprestável.

Percebe-se em contrapartida que não há nada mais rasteiro, em termos processuais, do que analisar o procedimento com o olhar exclusivamente acusatório, por essa razão a cadeia de custódia permite maior transparência e filtragem inquisitorial no vestígio.

4. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA E CONSEQUÊNCIAS PARA O PROCESSO PENAL

4.1 A quebra da cadeia de custódia

Conforme fora explicado no capítulo anterior, a prova quando sujeita ao instituto da cadeia de custódia deve obedecer a um procedimento limitado por fases, a ausência ou descaso com uma das fases gera uma quebra ao procedimento. A quebra da cadeia de custódia é representada pela carência de comprovação válida e suficiente em relação à custódia da prova em qualquer momento, desde a coleta ou recebimento.

De acordo com os ensinamentos do prof. Geraldo Prado (2018, p. 12), na esfera penal, a quebra da cadeia de custódia pode acarretar a imprestabilidade da prova em virtude da existência de suspeita insanável quanto à lisura, higidez, fiabilidade e integridade da prova não corretamente custodiada.

De acordo com Lima (p. 718, 2020):

Se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelos órgãos persecutórios, dúvida esta que há de ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória do *in dubio pro reo*, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos.

Desse modo, quando há fundadas dúvidas sobre a identidade de uma prova, sua credibilidade e ou falta de documentação de apreensão da prova. Verifica-se o

desrespeito à cadeia de custódia que acarreta em consequências processuais, como por exemplo, o reconhecimento da ilicitude da prova ou o poder de modificar sua valoração.

Assim, nota-se que uma das feições mais difíceis na obtenção das fontes de prova é conseguir preservar a integridade de todo um processo, realizado minuciosa e sigilosamente, caso se não for preservado, compromete todo o conjunto de elementos que foram colhidos o que pode servir para minorar a situação do réu ou até mesmo inocentá-lo.

Tal dificuldade decorre ainda da falta de orçamento para implantar em todas as cidades uma central de custódia, como prevista na própria lei. Contudo, não vista no contexto prático.

Em consequência, a comprovação da quebra da cadeia de custódia ou a impossibilidade de demonstração de sua incoerência cria necessariamente dúvida razoável quanto à mesmidade da evidência, pois se trata de critério jurídico de creditação da prova (PRADO, 2018, p. 12).

Por essa razão, a cadeia de custódia exige grande incentivo por parte do Estado, de cunho financeiro, que permita aos agentes do estado material adequado e agentes capacitados, objetivando preservar a prova desde a coleta à análise.

Quanto a manipulação das provas, quanto menor número de pessoas em contato com o material há uma menor manipulação, conduzindo a uma menor exposição. Uma exposição menor é sinônimo de proteção e defesa da credibilidade do material probatório.

Tudo isso com uma única finalidade, evitar a quebra do instituto, porque quando ocorre não há mais como saber se a prova foi ou não manipulada por sujeitos processuais de má-fé com o intuito de induzir peritos ou magistrados a erro.

Logo, a consequência da quebra da cadeia de custódia, dever ser a exclusão física da prova e de todas dela derivadas. Com isso, em caso de dúvida razoável deverá se impor o *in dubio pro reo*. Assim, não sendo possível à afirmação categórica de que efetivamente houve a adulteração, é consectário lógico da presunção de inocência que tal situação jurídica configura dúvida razoável quanto à confiabilidade da prova.

4.2 A ilicitude da prova em decorrência da quebra da cadeia de custódia e as garantias constitucionais

Há que se observar ainda que as provas trazidas ao processo tornam-se imprescindíveis para buscar a verdade real. No entanto, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil, as provas obtidas em desrespeito as regras são inadmissíveis no processo, comprovadamente ilícitas.

Desse modo, devido ao direito de não ser processado com a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, como com a quebra da cadeia de custódia, há uma impossibilidade de rastrear as fontes de prova para identificação e análise de licitude do meio de sua obtenção. As provas nesse contexto devem ser consideradas também inadmissíveis no processo penal e desentranhadas dos autos.

Nesse sentido, há que se observar que se a prova for declarada ilícita, surge o denominado direito de exclusão, decorrente do conflito entre a defesa social e o respeito aos direitos fundamentais que enquadram essas em provas vedadas, apontadas no Código de Processo Penal da seguinte maneira:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (BRASIL, 2019).

A vedação pode ser estabelecida por uma lei ou decorrer dos princípios gerais do direito. Por isso, as provas que se produzem afrontando o ordenamento são ditas ilegítimas e as provas que infringirem tais vedações são chamadas de ilícitas. A Constituição Federal ainda dita em seu art. 5º, inciso LVI que 'são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, quando no procedimento da cadeia de custódia há uma irregularidade, o processo pode ser prejudicado, pois a fiabilidade da prova torna-se questionável, trazendo vícios que podem ser insanáveis, por essa razão a quebra da cadeia de custódia pode ser determinante para o resultado do processo.

Assim, em caso de quebra do instituto, deve-se desconsiderar todo o conhecimento advindo da apreciação do elemento probatório contaminado que piore a situação do réu. Isso ocorre, pois caso recaia dúvida razoável quanto à procedência e mesmidade da prova que demonstre um de seus elementos (ex.: tipicidade) ou ainda, caso não se possa comprovar sua procedência e mesmidade devido à quebra da cadeia de custódia -, por conta da presunção de inocência, a dúvida impõe o dever do magistrado de prolatar decreto absolutório em favor do réu.

De Acordo com Souza e Vasconcellos (p.06, 2019):

O cuidado com a prova produzida encontra fundamento nos princípios norteadores do processo penal: devido processo legal, ampla defesa, paridade de armas, presunção de inocência, contraditório e direito à prova lícita, visando garantir ao acusado condições de se defender e evitar arbítrios estatais.

Dito isto, resta claro a importância dos princípios constitucionais norteadores do processo. Por essa razão, o princípio do Devido Processo legal evidencia que na ausência de qualquer fato comprovado, prevalece à presunção de inocência. Assim diz o art. 5º, LVII da CF/88: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 1988).

Por conseguinte, resta claro que é de responsabilidade do Estado o ônus da prova quanto à culpa do indivíduo, ou seja, provar a autoria e materialidade de determinado fato, cumprindo a acusação de demonstrar os fatos articulados com tal finalidade, visto que, constitucionalmente, até que se prove o contrário, o indivíduo é considerado inocente.

Em razão do Princípio da Presunção de Inocência, o Estado só pode impor uma pena ao acusado depois de exauridas todas as vias recursais, quando não restarem mais dúvidas quanto a sua culpabilidade ou inocência. O Princípio da Presunção de Inocência reflete diretamente na instrução, pois nessa oportunidade, se colhe elementos suficientes para que, através das provas, o magistrado forme seu convencimento.

Nesse contexto, a obrigação do Estado é garantir a todo e qualquer acusado que as provas obtidas durante a persecução penal sejam devidamente acondicionadas, custodiadas e posteriormente periciadas, a fim de possibilitar o contraditório diferido sobre elas ou autorizar o questionamento sobre sua credibilidade através da defesa técnica do réu. Com isto, surge o Princípio do contraditório e ampla defesa.

O princípio do contraditório e da ampla defesa exprime a garantia de que ninguém poderá sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a oportunidade de ser parte do processo e contraditar as imputações que lhes estão sendo feitas, ou seja, ter uma real participação na formação da decisão judicial (direito de defesa). Derivado da frase latina *Audi altera partem* ou *audiatur et altera pars*, que significa “ouvir o outro lado” ou “deixar o outro lado ser ouvido bem”.

Esse princípio implica na dualidade de partes, que apoiam posições jurídicas opostas, fazendo com que o tribunal que instrua o caso, ao proferir as decisões ou sentenças, não assuma nenhuma posição no litígio, sendo, portanto, imparcial, além disso, admitindo todos os meios de defesa admitidos no direito, pois o contraditório e a ampla defesa são recursos inerentes aos litigantes, conforme preceitua o art. 5º, inciso LV da CRFB (BRASIL, 1988).

Logo, o respeito às formalidades legais possibilita ao réu, dentro de uma demanda judicial, utilizar meios e recursos aptos a provarem sua inocência, bem como contradizer provas reconhecidamente nulas ou anuláveis por desrespeito às leis ou princípios, como a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, a conhecida quebra do instituto da cadeia de custódia.

Portanto, é certo que o contraditório e a ampla defesa são os meios mais aptos de defesa do réu, os quais sugerem-se o uso da paridade das armas para se defender, podendo exercer esse direito pessoalmente e através de sua defesa técnica. Sendo que, tal direito é imprescindível para acompanhar e fiscalizar todo o andamento processual, com intuito de prevenir ilegalidades durante a produção de provas que podem vir contaminar parcialmente ou até totalmente o processo, distanciando assim, o direito a um julgamento justo e dentro das formalidades legais.

De qualquer forma, a cadeia de custódia quando violada gerará a exclusão do material probante colhido sem o respeito aos procedimentos definidos por etapa em lei, de modo que naturalmente não haverá o que ser valorado pelo magistrado, em virtude da necessidade de exclusão física da prova e das vinculadas a essa, pois do contrário subsistirá vício originário que contaminará as atividades do órgão persecutório.

5 CONCLUSÃO

Embora muitos estudos tenham tratado de analisar a cadeia de custódia sob seus diversos aspectos, no presente artigo, a discussão perpassou o conceito, funções e

finalidades, pois explicou as alterações trazidas pelo conhecido pacote anticrime, incluindo todas as fases procedimentais e suas obrigatoriedades.

Demonstrou ainda que apesar das alterações trazerem em seus dispositivos inúmeras fases para o manuseio de uma prova colhida, atualmente, na prática, pouco se sabe quanto a sua efetivação.

Primeiro porque inúmeros municípios do país não possuem o suporte necessário para a implantação da cadeia de custódia da prova, isso porque os institutos de criminalística em sua maioria se concentram nas capitais, e os crimes ocorrem a todo momento e em qualquer lugar.

Desse modo, a probabilidade de uma prova vir a ser contaminada ao longo do processo é bastante expressiva, já que de modo geral existe uma falha estatal em implantar ambientes especializados para atuar na proteção dos vestígios de um crime, esses que, posteriormente serão provas valoradas em uma lide.

Quanto à valoração das provas, ao longo dos estudos percebeu-se que o sistema de valoração da prova atualmente denominado livre convencimento motivado do julgador empreende esforços para evitar injustiças, porque apesar de fornecer liberdade ao julgador, o limita ao conteúdo dos autos, devendo fundamentar sua decisão.

Contudo, mesmo que na teoria seja preciso limitar-se aos autos, a aplicação prática é visivelmente falaciosa, pois, apesar de todos os esforços legislativos em suprir as necessidades sociais e dar uma solução aos problemas jurídicos, a realidade é equidistante do contexto legislado.

No caso da alteração legislativa quanto ao instituto da cadeia de custódia, os representantes deveriam terem disposto sobre de onde seria retirado o orçamento para implantar em todos os municípios uma central de custódia e sobre a contratação de peritos oficiais para que esse instituto houvesse eficácia plena.

Assim, não só a quebra da cadeia de custódia torna-se um problema ao processo penal, a ausência de centrais de custódia para o processamento, análise e armazenamento das provas torna-se um defeito ao processo por um todo, pois prejudica o devido processo legal, impedindo a análise minuciosa da veracidade dos fatos e a valoração adequada a prova.

Entende-se que não basta legislar na tentativa de auxiliar o poder judiciário nas controvérsias é preciso proporcionar meios adequados para que o processo seja justo a

todos os sujeitos, pois a dúvida razoável impõe-se a benesse ao réu. Todavia, a dúvida não deve ser ocasionada por falha do sistema estatal em não manter os procedimentos e os responsáveis pela salvaguarda das provas na cadeia de custódia.

REFERÊNCIAS

BALDASSO, Joseli Pérez. A cadeia de custódia: aspectos técnicos e jurídicos. 7ª ed. Campinas: Millennium Editora, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 16 de Outubro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
Acesso em: 14 de setembro de 2021

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. Revista Justitia. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/299c16.pdf> acesso em: 10 outubro de 2021

CARPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. Parte Geral. Vol. 2. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 12ª Edição; São Paulo: Ed. Saraiva, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3 ed. Rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Vol. Único. 8ª edição. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2020.

MARGRAF, Alencar Frederico; PESCH, Natalia Mendes. **Garantias constitucionais na produção probatória e o descaso com a cadeia de custódia**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 106. P. 241. São Paulo: RT, mar-abr, 2018.

PRADO, Geraldo. **A cadeia de custódia da prova penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 94-97.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SOUZA, Lia Andrade de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **A cadeia de custódia da prova obtida por meio de interceptações telefônicas e telemáticas: meios de proteção e consequências da violação**. 2019, 18 f. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/68577>. Acesso em: 30 nov. 2021.

MARKETING JURÍDICO: USO DE REDES SOCIAIS PARA PUBLICIDADE

BRUNO MENDONÇA FREITAS.

Bacharelado em Direito pela
Universidade de Gurupi – Unirg.

LEONARDO NAVARRO AQUILINO²⁰

(orientador)

RESUMO: Este trabalho apresenta como tema central o marketing jurídico, com foco no uso de redes sociais para a promoção de escritórios e advogados. Atualmente a publicidade tem ganhado espaço cada vez maior nas redes sociais, este fenômeno está relacionado ao uso crescente que a população em geral tem feito das mesmas. Observando este crescimento percebeu-se que o crescimento de perfis com o cunho jurídico, muitas vezes com o objetivo de promoção de serviços jurídicos por parte de escritórios, utilizando-se de posts informativos sobre os mais variados temas de maior ou menor relevância, de maior ou menor engajamento, acabam gerando o sentimento de curiosidade em seus leitores e por sua vez procuram os donos das páginas, neste caso o escritório de advocacia, para saberem mais sobre estes assuntos. Esta nova forma de marketing tem gerando uma crescente leva de clientes. Este trabalho pretende analisar se o uso desta ferramenta de publicidade e modalidade são permitidas pelo código de ética da OAB. Observando até onde se é permitido este tipo de comportamento e a partir de onde se começa a ser vetado a partir do novo provimento da OAB.

Palavras-chave: Marketing jurídico. Escritórios de advocacia. Redes sociais. OAB.

ABSTRACT: This work presents as its central theme the legal marketing, focusing on the use of social networks to promote law firms and lawyers. Currently, advertising has gained increasing space on social networks, this phenomenon is related to the growing use that the general population has made of them. Observing this growth, it was noticed that the growth of profiles with a legal nature, often with the objective of promoting legal services by firms, using informative posts on the most varied topics of greater or lesser relevance, of greater or lesser engagement, end up generating a feeling of curiosity in their readers and, in turn, they seek the owners of the pages, in this case the law firm, to find out more about these matters. This new form of marketing has been generating a growing leads of customers. This work intends to analyze whether the use of this advertising tool and modality are allowed by the OAB's code of ethics. Observing how far this type of behavior is allowed and where it starts to be vetoed from the new provision of the OAB.

²⁰ universidade UNIRG, Gurupi/TO. E-mail leonavaqui@gmail.com.

Keywords: Legal marketing. Law firms. Social networks. OAB.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente advogados em território nacional não podem utilizar propagandas de forma direta com o intuito da captação de clientes, além disto, foi criada uma grande mistificação sobre o que se pode ser feito a fins publicitários por advogados, como por exemplo a falsa percepção de que os mesmos não podem fazer propaganda devido a grande quantidade de restrições impostas pelo código de ética da OAB.

As propagandas utilizadas por advogados devem ser apenas de forma moderada e discreta, informativa e não convidativa, em conformidade com o artigo do código de ética "Art. 39 - A publicidade profissional do advogado tem caráter meramente informativo e deve primar pela discrição e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão", pois segundo a própria Ordem dos Advogados do Brasil esta ferramenta não pode gerar uma mercantilização do exercício da advocacia.

Contudo no momento em que foi sancionado o código de ética e disciplina da OAB esta acabou deixando uma lacuna em sua normativa, a definição de moderado, visto que este conceito pode sofrer uma grande variação a depender da pessoa a quem é levantado este questionamento.

O dispositivo abordado apesar desta lacuna deixou expresso a vedação e a utilização de alguns meios que podem ou não ser utilizados, para sanar esta lacuna existente a OAB editou um novo provimento para dispor a respeito da utilização destes meios de promoção da advocacia, provimento 205/21, servindo para complementar o que já é disposto pelo código de ética que dispõe sobre o tema.

Segundo o Código de Ética:

V - o fornecimento de dados de contato, como endereço e telefone, em colunas ou artigos literários, culturais, acadêmicos ou jurídicos, publicados na imprensa, bem assim quando de eventual participação em programas de rádio ou televisão, ou em veiculação de matérias pela internet, sendo permitida a referência a e-mail; VI - a utilização de mala direta, a distribuição de panfletos ou formas assemelhadas de publicidade, com o intuito de captação de clientela.

O intuito deste trabalho é discorrer sobre as novas modalidades de mídias sociais e modificações na legislação que regula a divulgação da advocacia, na intenção de identificar até que ponto os advogados podem promover seu trabalho sem ultrapassar o limite imposto pela legislação.

2. DESENVOLVIMENTO

Segundo o American Marketing Association o marketing é “uma atividade, conjunto de instituições e processos para criar, comunicar, entregar e trocar ofertas que tenham valor para os consumidores, clientes, parceiros e sociedade em geral”, com tal conceito pode se entender como um processo para se chegar até o lugar que se almeja, neste caso, para chegar até o cliente, o que difere bastante do conceito de propaganda que segundo Camila Casarotto pode ser entendido como “uma estratégia de persuasão para fins ideológicos, com o objetivo de promover alguma ideia, princípio, doutrina, causa ou prática. Para isso, ela apela para recursos psicológicos, que mexem com emoções, opiniões e sentimentos, e motiva a ação a partir deles.”

É possível visualizar a clara distinção entre os conceitos, sendo perceptível onde se torna permitido a utilização de ferramentas de marketing por parte dos advogados, contudo estas não podem ter o condão de se mercantilizar a profissão e nem o objetivo de se realizar a captação de clientes.

2.1. CONCEITOS

A própria OAB criou seu conceito de marketing para sanar a lacuna deixada pelo antigo instrumento normativo, e segundo o conceito adotado pela instituição marketing pode ser compreendido em “II - Marketing de conteúdos jurídicos: estratégia de marketing que se utiliza da criação e da divulgação de conteúdos jurídicos, disponibilizados por meio de ferramentas de comunicação, voltada para informar o público e para a consolidação profissional do(a) advogado(a) ou escritório de advocacia;”. Além do conceito, a normativa fez algumas divisões sobre o assunto diferenciando marketing de publicidade e definindo o conceito de captação de clientes.

Segundo a Ordem, marketing jurídico pode ser compreendido como a estratégia adotada por aqueles profissionais da área para alcançar uma visibilidade perante a sociedade como visto na letra de lei “I - Marketing jurídico: Especialização do marketing destinada aos profissionais da área jurídica, consistente na utilização de estratégias planejadas para alcançar objetivos do exercício da advocacia;”. A mesma apresentou ainda o conceito que foi utilizado para publicidade “III - Publicidade: meio pelo qual se tornam públicas as informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos, utilizando os meios de comunicação disponíveis, desde que não vedados pelo Código de Ética e Disciplina da Advocacia;”. Fica entendido como publicidade profissional os meios usados para promover informações importantes e pertinentes para o exercício da advocacia e atividades afins, como os serventuários judiciais.

É entendido que os meios que o profissional decidir utilizar devem manter a discricção necessária, deixando claro que a publicidade deve ter caráter informativo, assim

não podendo ser utilizada para buscar possíveis clientes. Deve-se observar alguns critérios como os elencados no referido provimento em seu Art. 3º: "A publicidade profissional deve ter caráter meramente informativo e primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, sendo vedadas as seguintes condutas".

São vedadas: práticas de divulgação de valores, realizar propaganda de especialidade cujo não haja comprovação, utilizar de meios de persuasão, distribuição de brindes para o público em geral, conduto faz uma ressalva onde se fica permitido tal distribuição em eventos de cunho jurídico.

2.2. USO DE MÍDIAS SOCIAIS NO BRASIL

Atualmente o Brasil é o segundo país onde mais se utiliza rede social por dia, segundo o site Olhar Digital o brasileiro gasta em média cerca de 3 horas e 30 minutos por dia utilizando redes sociais, estando acima da média mundial que é de 2 horas e 24 minutos diariamente, ainda segundo a pesquisa o Instagram é o quarto aplicativo mais utilizado pela população, a mesma conta com mais de 55 milhões de usuários, e entre os usuários frequentes de redes sociais esta é a preferida e mais utilizada pelos brasileiros.

Para Gillespie a rede social trata-se de uma plataforma com a mesma finalidade que a internet, a de conectar pessoas, trocar informações tanto pessoais quanto profissionais, utilidade pública, alertas. Ela se efetiva em forma de sites e aplicativos, captando "clientes" que tem interesses similares.

Desta forma o Instagram atrai um grande número de profissionais em busca de um destaque no mercado, tentando através da plataforma conseguir uma maior visibilidade e destaque profissional em suas regiões e até mesmo em âmbito nacional, sendo assim a normativa dedicou uma parte de sua atenção para regular a utilização de tal aplicativo e similares.

O documento inovou ao permitir a nova divulgação de dados nas páginas dos profissionais, o antigo dispositivo permitia a divulgação apenas do endereço de email do mesmo, contudo a nova normativa foi além ao permitir a utilização de meios mais modernos e práticos, como fica evidente no artigo Art. 4º em seu parágrafo terceiro abrindo a possibilidade de divulgação de meios mais acessíveis, práticos e usuais, facilitando o contato entre o profissional e cliente.

"§ 3º Para os fins do previsto no inciso V do art. 40 do Código de Ética e Disciplina, equiparam-se ao e-mail, todos os dados de contato e meios de comunicação do escritório ou advogado(a), inclusive os endereços dos sites, das redes sociais e os aplicativos de

mensagens instantâneas, podendo também constar o logotipo, desde que em caráter informativo, respeitados os critérios de sobriedade e discrição.”

Contudo continua impedido aos profissionais a utilização de logomarcas ou símbolos oficiais da OAB em seus perfis digitais.

Ao observar o alto fluxo de usuário destas mídias e a crescente utilização das redes sociais por profissionais do direito, a OAB viu a necessidade de atualizar seus dispositivos que normatizavam a utilização destes meios pelos profissionais inscritos em seu quadro, como fica evidente pelo exposto.

Outra plataforma digital que acabou por gerar grande repercussão foi o Tiktok, e apesar de ser possível perceber que o aplicativo não mantinha a devida descrição, pois o mesmo trata-se de um modelo de divulgação de vídeos de curta duração onde o seu conteúdo pode ser editado livremente pelo seu desenvolvedor, o mesmo foi amplamente adotado pelos juristas, graças à sua grande aceitação pela sociedade e sua facilidade de divulgação.

O Tiktok conta com inúmeros perfis com o cunho jurídico, estes apresentam curiosidades e situações hipotéticas de casos amplamente debatidos no cotidiano além de situações que podem gerar dúvidas, como exemplo de profissional que obteve grande visibilidade, a advogada Patrícia Ikuno começou no Tiktok quando poucos perfis falavam sobre Direito e hoje conta com mais de 1,3 milhões seguidores na plataforma.

Segundo a advogada Patrícia Ikuno.

"Muitas pessoas viam o Direito como algo distante e chato. Eu quis aproximar as pessoas, pois o Direito está presente em todos os momentos da vida, desde a hora em que acordamos até a hora em que vamos dormir. Além de aproximar as pessoas, a minha intenção também era tirar aquele estigma do advogado vilão das novelas. Muitas pessoas ainda pensam que o advogado é uma pessoa que não tem coração."

Como tal rede tem a composição de seus usuários formados na maioria por jovens e adolescentes a utilização de tal ferramenta ainda é polêmica visto que, segundo a ComScore, empresa de análise de internet, o público que utiliza o TikTok é majoritariamente formado por jovens e adolescentes, chegando a 62%. Em contrapartida, 16,4% são pessoas entre os 30 e 39 anos de idade, 13,9% têm de 40 a 49 anos, e 7,1% são de pessoas com 50 anos ou mais.

Contudo o provimento não fez menção ao uso desta ferramenta, nem mesmo o código de ética aborda esta modalidade, desta forma fica livre a utilização do mesmo para promoção dos profissionais da área, desde que respeite as normativas já estabelecidas.

2.3. IMPLICAÇÕES LEGAIS

A mesma em seu provimento 205/21 inovou ao atribuir a responsabilidade do conteúdo publicado ao seu criador em caso de pessoa física, contudo quando este conteúdo é produzido para uma sociedade de advogados todos eles respondem pelo conteúdo publicado em suas redes sociais.

Art. 1º É permitido o marketing jurídico, desde que exercido de forma compatível com os preceitos éticos e respeitadas as limitações impostas pelo Estatuto da Advocacia, Regulamento Geral, Código de Ética e Disciplina e por este Provimento. § 1º As informações veiculadas deverão ser objetivas e verdadeiras e são de exclusiva responsabilidade das pessoas físicas identificadas e, quando envolver pessoa jurídica, dos sócios administradores da sociedade de advocacia que responderão pelos excessos perante a Ordem dos Advogados do Brasil, sem excluir a participação de outros inscritos que para ela tenham concorrido.

Desta forma a Ordem dos Advogados do Brasil passou a responsabilizar os criadores, por todo conteúdo divulgado em seus sites e páginas de redes sociais, atribuindo a estes a responsabilidade do compromisso ético e da veracidade do conteúdo produzido.

2.4. FISCALIZAÇÃO DO CONTEÚDO

Devido a complexidade do tema e sua relativa novidade no âmbito jurídico a OAB acabou optando por criar um comitê específico para fiscalizar as práticas e conteúdos divulgados por seus membros em páginas da internet, desta forma fica criado o comitê regulador de marketing jurídico, dispõe o artigo nono do provimento

Art. 9º. Fica criado o Comitê Regulador do Marketing Jurídico, de caráter consultivo, vinculado à Diretoria do Conselho Federal, que nomeará seus membros, com mandato concomitante ao da gestão, e será composto por: I – 05 (cinco) Conselheiros(as) Federais, um(a) de cada região do país, indicados(as) pela Diretoria do CFOAB; II – 01 (um) representante do Colégio de Presidentes de Seccionais. III – 01 (um) representante indicado pelo Colégio de Presidentes dos Tribunais de Ética e Disciplina; IV – 01 (um) representante indicado pela

Coordenação Nacional de Fiscalização da Atividade Profissional da Advocacia; e V – 01 (um) representante indicado pelo Colégio de Presidentes das Comissões da Jovem Advocacia.

Assim fica o tribunal acima mencionado incumbido de fiscalizar as ações práticas por advogados nos meios digitais, como a veracidade de informações divulgadas, a observância, a devida atenção, a descrição nos critérios que tratam o código de ética e o provimento em questão. Fica ainda encarregado de realizar reuniões periódicas e apartir destas propor ao conselho de ética da entidade novas diretrizes, para melhor abarcar o tema.

2.5. MEDIDAS DISCIPLINARES

Por fim foi concedido o poder de punir os infratores da normativa, o comitê criado tem a permissão para criar e aplicar medidas disciplinares aos que descumprirem os quesitos impostos pela normativa, desta forma o tribunal consegue dar a efetividade necessária, "Art. 10 As Seccionais poderão conceder poderes coercitivos à respectiva Comissão de Fiscalização, permitindo a expedição de notificações com a finalidade de dar efetividade às disposições deste provimento."

Desta maneira a OAB, finaliza o debate acerca do tema, contudo deixa margem para futuros debates com a possibilidade de se criar novas restrições ou regulamentar novas práticas que venham a surgir neste meio, visto a complexidade do tema e a sua grande volatilidade a mesma optou por deixar a possibilidade de modificações afim de não haver a necessidade de criar nova normativa em curto período de tempo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do estudo, foi possível avaliar que o provimento 205/21 foi de suma importância já que o mesmo surgiu para regulamentar tema que a tempo estava perdido nas lacunas legais, visto que nem mesmo o antigo dispositivo e nem o código de ética tinham propriedade e especificidade para tratar do assunto, levando em consideração a atualidade do mesmo.

REFERÊNCIAS

<https://www.idealmarketing.com.br/blog/o-que-e-propaganda/>>

<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2689/Rafael%20>

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdade-de-expressao-e-o-uso-do-instagram/>

<https://blog.sajadv.com.br/redes-sociais-escritorios-de-advocacia/>

<https://juristas.com.br/2021/01/06/tiktok-nao-e-adequado-para-advogados-orientacao-e-do-ted-da-oab-mg/>

<https://olhardigital.com.br/2019/05/30/noticias/jovem-brasileiro-passa-1h30-por-dia-no-instagram-mas-quase-nao-le/>

<https://rockcontent.com/br/blog/propaganda/#:~:text=Propaganda%20%C3%A9%20um%20estrat%C3%A9gia%20de,a%20a%C3%A7%C3%A3o%20a%20partir%20deles>

<https://www.agenciavisia.com.br/news/brasileiro-fica-3-horas-e-31-minutos-por-dia-nas-redes-sociais/>

<https://www.idealmarketing.com.br/blog/o-que-e-marketing/>

< <https://www.migalhas.com.br/quentes/337136/advogadas-passam-de-2-milhoes-de-visualizacoes-no-tiktok>

<https://www.migalhas.com.br/quentes/337136/advogadas-passam-de-2-milhoes-de-visualizacoes-no-tiktok>

<https://www.agenciavisia.com.br/news/brasileiro-fica-3-horas-e-31-minutos-por-dia-nas-redes-sociais/>

ARTIGO (Graduação) - Curso de Direito, Centro <https://www.oabmg.org.br/pdf_jornal/Cartilha%20TED_385.pdf>

<https://olhardigital.com.br/2019/05/30/noticias/jovem-brasileiro-passa-1h30-por-dia-no-instagram-mas-quase-nao-le/#:~:text=Da%20busca%20por%20refer%C3%A2ncias%20%C3%A0,%C3%A0%20rede%20social%20por%20dia.>

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdade-de-expressao-e-o-uso-do-instagram/>

<https://www.idealmarketing.com.br/blog/o-que-e-marketing/>

<http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2689/Rafael%20Queiroz%20de%20Oliveira%20Pedroso%20-%20O%20aperfei%C3%A7oamento%20da%20advocacia%20capacitado%20pelo%20empreendedorismo.pdf?sequence=1>

<https://www.conjur.com.br/2021-jun-17/oab-aprova-dois-artigos-norma-regras-publicidade>>

<https://www.idealmarketing.com.br/blog/o-que-e-propaganda/>>

<https://juristas.com.br/2021/01/06/tiktok-nao-e-adequado-para-advogados-orientacao-e-do-ted-da-oab-mg/#:~:text=Brasil-TikTok%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20adequado%20para%20advogados%2C%20orienta%C3%A7%C3%A3o,do%20TED%20da%20OAB%2FMG&text=A%20comiss%C3%A3o%20ressalta%20que%20o,do%20Conselho%20Federal%20da%20OAB.Universitário São Lucas, Porto Velho, 2018.>

<<https://www.tuacarreira.com/paginacao-abnt/>>

TikTok para advogados: o que é permitido?<https://www.justamente.com.br/blog/tiktok-para-advogados-o-que-e-permitido/>

ATENÇÃO! Novo Provimento da OAB sobre marketing já está em vigor

<https://annapaulacavalcante.jusbrasil.com.br/noticias/1267582335/atencao-novo-provimento-da-oab-sobre-marketing-ja-esta-em-vigor>

MARKETING JURÍDICO - NOVO PROVIMENTO 205/2021

<http://www.cmmm.com.br/pt-br/blog-cmmm/21-noticias/335-marketing-juridico-provimento>>

OS PRECEDENTES JUDICIAIS FORMADOS EM IRDR

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA.

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, pós-graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo: O presente trabalho volta-se para uma análise técnica acerca na natureza jurídica dos precedentes judiciais formados por meio de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, possibilitando, assim, a compreensão da essência deste incidente e dos mecanismos processuais próprios para fazer valer a autoridade do precedente jurídico formando.

Palavras-chave: Precedente Judicial. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

O precedente judicial possui conceito largo e pode ser visto, de forma genérica, como a decisão judicial passível de ser utilizada para fundamentar o julgamento de lide da mesma natureza. Nesta linha, deve-se firmar a premissa de que nem todo precedente judicial possui caráter vinculante, o que leva, de antemão, a identificação de dois subgrupos de precedentes judiciais: 1 - os precedentes meramente persuasivos; e os precedentes obrigatórios ou de eficácia vinculativa.

Como é intuitivo, os precedentes meramente persuasivos não possuem força para se fazer impor ao julgador, servindo apenas como argumento de convencimento. Fredie Didier anota que *“o precedente persuasivo (persuasive precedente) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (persuasive authority)”*²¹ Assim, embora esta categoria de precedente possa ser tida como importante fonte de convencimento, não há cogência em relação a sua aplicação e nem remédios processuais específicos para ausência de sua observação.

Assim, diante da não aplicação de precedente meramente argumentativo não é cabível nenhum remédio processual específico, de modo que não há que se falar, por exemplo, em cabimento de reclamação em razão do desrespeito à precedente meramente

²¹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedentes, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 12ed – Salvador; Ed. Jus Podivm, 2016. P.521

persuasivo. Da mesma forma, não é viável o manejo de recurso tendo como único fundamento a inobservância de precedente persuasivo. Nesta situação, é de se atentar para sutileza de que eventual recurso em face de decisão que não observar precedente meramente persuasivo não pode ter como fundamento recursal a não observância do precedente em si. Pode até se fundamentar o recurso nos fundamentos do precedente ou renová-lo para persuasão recursal, mas a causa de pedir recursal não pode ser a não aplicação de precedente persuasivo em si.

Já os precedentes com força vinculante, por força de lei, trazem imperatividade em sua aplicação, com necessidade observância obrigatória para juízes e tribunais. Fredie Didier, mais uma vez, com a clareza que lhe é peculiar, assim ensina:

“Como o próprio nome sugere, diz-se que o precedente é vinculante/obrigatório (binding precedente), ou binding authority (autoridade vinculante), quando tiver eficácia vinculativa em relação aos casos em que, em situações análogas, lhe forem supervenientes.

Ao falar em efeito vinculante do precedente, deve se ter em mente que, em certas situações, a norma jurídica geral (tese jurídica, ratio decidendi) estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais tem o condão de vincular decisões posteriores, obrigando que os órgãos jurisdicionais adotem aquela mesma tese jurídica na sua própria fundamentação.

No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, em que a ratio decidendi contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, do CPC22.”

Neste cenário, cumpre observar que o acórdão formado em julgamento de incidente de demanda repetitivas qualifica-se como vinculante por estar contemplado no rol das hipóteses trazidas no artigo 927 do CPC, que indica os precedentes com força obrigatória para juízes e tribunais. Ressalte-se que o acórdão formado em julgamento de incidente de demanda repetitivas é apenas uma de outras espécies de precedentes judiciais com força vinculante contempladas na legislação processual civil. Por sua relevância, impende observar referido dispositivo legal, que assim prescreve:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

22 DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedentes, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*/ Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 12ed – Salvador; Ed. Jus Pudivm, 2016. P.521

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Desta forma, para uma adequada compreensão conceitual, é preciso perceber que nem todo precedente judicial dispõe de força vinculante. O Precedente só disporá de força vinculante quando a lei lhe conferir tal atributo. Então, quando um precedente recebe

força cogente e passa a ter sua aplicação obrigatória para juízes e tribunais ele pode ser qualificado com precedente vinculante.

Outrossim, percebe-se que o acórdão formado em julgamento de incidente de demanda repetitivas é apenas uma de várias outras hipóteses de precedente judicial com força vinculante, a exemplo das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados de súmula vinculante

Neste contexto, uma vez julgado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o precedente judicial formado passa a ser de observância obrigatória para os órgãos judicantes vinculados ao tribunal, aplicando-se aos casos presentes e futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal.

Neste toar, nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, de plano e independentemente da citação do réu, poderá julgar liminarmente improcedente o pedido.

Da mesma forma, em sede de recurso de apelação, o relator deverá, monocraticamente, negar provimento ao recurso que for contrário entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas, assim como, assegurada evidentemente a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a entendimento firmado em sede de IDR.

Todavia, acaso o precedente judicial formado em IRDR não seja observado, o sistema processual vigente contempla alguns mecanismos para garantir sua aplicação.

Inicialmente, acaso a decisão judicial tenha ignorado o precedente vinculante, é possível se valer de embargos de declaração para provocar o órgão prolator da decisão a se pronunciar sobre sua aplicação, mesmo que não tenha sido objeto das manifestações das partes, já que o Código de Processo Civil considera omissa a decisão que não se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento, *in verbis*:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

Outro instrumento processual disponível para fazer valer o entendimento firmado em julgamento de casos repetitivos é a reclamação, nos termos do artigo 988 do CPC, que assim dispõe:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

(...)

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

Então, havendo a aplicação indevida da tese jurídica ou a sua não aplicação aos casos que a ela correspondam, pode a parte prejudicada se valer da reclamação para fazer observar o precedente, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão reclamada. Ressalte-se que apenas é possível a utilização da reclamação em função da força vinculante dos precedentes formados em sede de IRDR, o que não se verifica na situação de precedentes meramente persuasivos, como, inclusive, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça em julgado assim ementado:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. UTILIZAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESES DE CABIMENTO PREVISTAS NO ART. 988 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADAS. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O art. 988 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe sobre quais hipóteses seria cabível o ajuizamento da reclamação, sendo que, no caso vertente, não verifica nenhuma delas, pois a parte busca a aplicação de precedente não vinculante ao caso concreto, em nítida pretensão de se utilizar da reclamação como sucedâneo recursal e em flagrante supressão de instância.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl na Rcl 40.742/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020)

Nesta última hipótese, ou seja, quando houver decisão de mérito transitada em julgado, há ainda a possibilidade de manejo de ação rescisória, por ofensa manifesta à norma jurídica, que resta caracterizada quando a decisão transitada em julgado não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento em julgamento de casos repetitivos, nos termos do artigo 966, § 5º, do CPC, que assim prescreve:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica;

(...)

*§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.*

Neste cenário, mostra-se perceptível a preocupação do legislador no sentido de atribuir importância aos precedentes vinculantes formados em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas, garantindo, desta forma, a aplicação isonômica do direito a situações equivalentes, ao ponto de possibilitar a mitigação da coisa julgada para fazer valer o precedente vinculante formado.

A par dos remédios já mencionados, há ainda espaço para se defender o cabimento de recurso especial por ofensa ao artigo 927, III, do CPC, que prescreve que juízes e os tribunais deverão observar os precedentes de incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim, se a despeito de existir precedente vinculante o tribunal local recusar sua aplicação, é possível, em tese, o manejo de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça por violação ao artigo 927, III, do CPC.

Desta forma, evidencia-se que os precedentes com força vinculante dispõem de mecanismos criados na legislação processual para garantir sua aplicação, o que não se verifica quando o precedente jurídico é meramente persuasivo.

Assim, é possível concluir que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas constitui instrumento processual capaz de formar precedente judicial com força cogente, dispondo de mecanismos processuais próprios para fazer valer a autoridade do precedente jurídico formando, ofertando, desta forma, solução processual para resolução eficiente e isonômica das demandas repetitivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. Teoria do Ordenamento Jurídico. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. V.1

_____. Lições de Direito Processual Civil. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. V.2.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 1.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento.** 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 2.

_____. **Curso de Direito Processual Civil: O Processo Civil nos Tribunais, Recursos, Ações de Competência Originária de Tribunal e Querella Nullitatis, Incidentes de Competência Originária de Tribunal / Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha.** 14. ed – Salvador; Ed. Jus Pudivm, 2017. V.3.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2008.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil. 41ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004

A LUTA PELA ERRADICAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO ENTRE HOMENS E MULHERES NO AMBIENTE DO TRABALHO E POLÍTICAS DE COTAS COMO AÇÕES AFIRMATIVAS.

MICHEL BORGES DA SILVA:

Graduação em Direito pela Universidade Católica de Santos e Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2009). *Advogado inscrito na OAB/SP 295.434 sócio diretor do escritório M. Borges e Advogados Associados23

RESUMO: O presente artigo se presta a proporcionar ao estudioso do direito do trabalho uma pesquisa aprofundada sobre as ações afirmativas, no que se refere ao sistema de cotas, analisando em conjunto com o princípio da equidade. A proposta é trazer uma visão sobre o sistema de cotas em geral, adequando-se as inclusões dos desiguais no patamar social, sem desmerecer o direito a igualdade conferido por nossa carta magna de 1988. As desigualdades sempre estiveram presentes, porém a falta da informação ante a não existência das redes sociais e tecnologias de pulverização em massa fizeram com que referidas desigualdades não tivessem seu devido valor observado, caindo muitas das vezes no campo do esquecimento e até mesmo no campo da retaliação individual. Tema bem atual que reflete a postura de como o mundo deve evoluir, ou seja, tentaremos demonstrar que o mundo precisa quebrar preconceitos existentes e enraizados na criação das crianças e adolescentes e cultura de muitos países. A evolução necessita de estudos prévios sobre o passado, para que possamos adequar o presente e tentar modificar o futuro, trazendo desta forma solução, ainda que de passos largos, ao problema estrutural cultural existente entre os povos. Abordaremos também a forma de tratamento no ambiente laboral, incluindo no âmbito do empregador políticas de erradicação das discriminações implementadas pelo sistema universal de discriminação histórica, bem como as novas leis impostas e criadas com o intuito de proteger, dar inclusão e principalmente implementar na vida a mudança de paradigmas. Podemos citar alguns exemplos: racismo estrutural, machismo e violência contra mulher, ou seja, temas que vão de contra com os princípios e direitos fundamentais trazidos pela Constituição da república atual. Desta forma,

23 *Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) *Pós-graduado em Direito Previdenciário pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). *Curso de extensão de Direito Comparado e Direito Coletivo Internacional na Universidade de São Paulo (USP). *Membro ativo da 6ª Turma do Tribunal de Ética da OAB/SP, atuando como conselheiro e instrutor da presidência. *Membro Efetivo do Núcleo de pesquisas da FDUSP- USP em Direito do Trabalho. *Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Católica de São Paulo- PUC;

abordaremos os aspectos legais, jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema de suma relevância mundial, tentando apresentar um norte para pesquisas mais aprofundadas sobre o tema.

Palavras-chave: Direito do Trabalho, discriminação no ambiente corporativo, homens e mulheres, cotas, ações afirmativas, afastamento do trabalho violência mulher lei Maria da Penha, Encíclica Fratelli Tutti, Direito Constitucional.

ABSTRACT: This article is intended to provide the labor law scholar with an in-depth research on affirmative action, with regard to the quota system, analyzing it together with the principle of equity. The proposal is to provide a vision of the quota system in general, adapting to the inclusion of unequals in the social level, without undermining the right to equality conferred by our 1988 Magna Carta. Inequalities have always been present, but the lack of information given the non-existence of social networks and mass spraying technologies, these inequalities did not have their due value, often falling into the field of oblivion and even into the field of individual retaliation. A very current theme that reflects the attitude of how the world must evolve, that is, we will try to demonstrate that the world needs to break existing and rooted prejudices in the upbringing of children and adolescents and in the culture of many countries. Evolution requires previous studies on the past, so that we can adapt the present and try to modify the future, thus bringing a solution, albeit with large steps, to the cultural structural problem existing among peoples. We will also address the form of treatment in the work environment, including within the scope of the employer policies to eradicate discrimination implemented by the universal system of historical discrimination, as well as the new laws imposed and created with the aim of protecting, giving inclusion and mainly to implement in life the changing paradigms. We can cite some examples: structural racism, machismo and violence against women, that is, themes that go against the fundamental principles and rights brought by the Constitution of the current republic. In this way, we will address the legal, jurisprudential and doctrinal aspects on the topic of paramount importance worldwide, trying to present a guide for more in-depth research on the topic.

Keywords: Labor Law, Discrimination in the Corporate Environment, Men and Women, Quotas, Affirmative Actions, Absence from Work, Women Violence Maria da Penha, Encyclical Fratelli Tutti, Constitutional Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2-BASE HISTÓRICA- IGUALDADE; 3-ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO- DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE LABORAL; 4- ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL; 5-AÇÕES AFIRMATIVAS; 6- POLÍTICA DE COTAS, 6.1-Cotas de Negros, 6.2- Do voto à lei de cotas: um pouco da história; 7- MEDIDAS PROTETIVAS PARA MULHER NO AMBIENTE LABORAL; 8-ENCÍCLICA PAPAL FRATELLI TUTTI- 04/10/2020; 09-CONCLUSÃO; 10- BIBLIOGRAFIA; 11-NOTAS FINAIS.

1. INTRODUÇÃO

O berço da igualdade está ligado aos princípios fundamentais do direito, onde o estudo aprofundou-se entre os homens desde sua criação, com reflexos nos valores das sociedades. Assim, o conceito de igualdade praticado no Brasil não pode ser encarado como critério de desigualdades, se comparado a outros países, pois a cultura, história, evolução e conclusão final são diferentes em cada região.

O artigo 5º24, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988, equipara as convenções ratificadas pelo Brasil que trata de direitos humanos, como norma supralegal, por se equipararem a emendas constitucionais, como decidido pelo RE 636.33125(Tema 210), critério das normas supraleais ou de sobredireito.

Assim, o conceito é mais amplo, e surge com uma ideia central transcendendo a história, traduzindo uma ideia posterior sobre o tema. Celso Ribeiro Bastos²⁶ define da seguinte forma o conceito de igualdade:

“Desde priscas eras tem o homem se atormentado com o problema das desigualdades inerentes ao seu ser e à estrutura social em que se insere. Daí ter surgido a noção de igualdade que os doutrinadores comumente denominam igualdade substancial. Entende-se por esta equiparação de todos os homem no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição e deveres”

Trazendo a conexão com o ambiente do trabalho, temos que o surgimento das desigualdades entre empregadores e empregados surge desde que se locavam mão de obra conforme previsto no código de Hamurabi, XIX Antes de Cristo, pois ali já se previa trabalho arrendado com a presença dos senhores feudais. Com a presença marcante do

24 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.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

25 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>

26 BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional 22ª edição 2001 pag187.

cristianismo, a igreja católica teve papel importante para sedimentação da desigualdade existente entre homens e mulheres, pois o homem segundo as sagradas escrituras seriam o provedor financeiro do lar e as mulheres seriam as que garantiriam a criação, procriação e adorno dos lares. Desde o surgimento e estudos bíblicos sobre neste caso específico, direitos entre homens e mulheres, vemos a contribuição e interpretação equivocada com que vários membros religiosos conduzem a sua população, gerando assim nítido preconceito e desequilíbrio entre homens e mulheres.

A título de exemplo, e com o fito de demonstrar que a essência religiosa não se presta para apregoar desigualdade e fomentar o tratamento desigual entre homens e mulheres, citamos a passagem bíblica prevista no livro de I Timóteo 2: 11 a 15.27

(...)A mulher aprenda em silêncio, com toda a sujeição.

Não permito, porém, que a mulher ensine, nem use de autoridade sobre o marido, mas que esteja em silêncio.

Porque primeiro foi formado Adão, depois Eva.

E Adão não foi enganado, mas a mulher, sendo enganada, caiu em transgressão.

Salvar-se-á, porém, dando à luz filhos, se permanecer com modéstia na fé, no amor e na santificação. 1 Timóteo 2:11-15

O presente artigo não se prestará a tecer críticas religiosas e nem criações ideológicas sobre o assunto bíblico e suas interpretações, mas, apontará apenas o surgimento e embasamento para que a humanidade de hoje pudesse estar vivenciando vários pontos de desequilíbrio nas relações de emprego entre homens e mulheres, que historicamente foram massacradas pela opressão dos líderes religiosos e os homens comuns pragmáticos.

Apenas para elucidar o passado recente, citamos a existência da legítima defesa da honra, criada através das ordenações Filipinas, no qual concedia ao marido o direito de praticar homicídio caso sua honra como homem fosse violado, ou seja, se fosse vítima de adultério de sua esposa, teria o direito de se vingar praticando assassinato, e isso seria considerado como fator primordial para absolvição do acusado homem. No mesmo sentido a legislação brasileira civil criada em 1916 e alterada em 2002 previa discriminações

27 <https://www.biblionline.com.br/acf/1tm/2/11-15>

quanto aos atos da mulher, que foi incluída como incapaz para certos atos da vida, dependendo muitas das vezes de seu marido ou pai. Nesta vereda citamos o autor José Alexandre Silva Lemos²⁸:

“Por outro lado à igualdade obtém contornos próprios dependendo do ramo do direito em análise, pois em um mesmo sistema jurídico pode coexistir tanto a igualdade como a desigualdade, assim em 1916, quando foi instituído o Código Civil, havia notória discriminação da mulher relevada a um papel secundário em relação ao homem dentro da sociedade conjugal, ao passo que, se esta mesma mulher antes de casar fosse celebrar um contrato de compra e venda ela seria tratada de forma igualitária mesmo que do outro lado da relação obrigacional estivesse um homem ou um grupo de homens. Percebe-se por este exemplo que o direito civil codificado nesta época previa tratamento desigual entre homens e mulheres no direito de família e tratamento igual entre os sexos no direito obrigacional”.

*“A contradição existente no início do século XX justificava-se pela sociedade eminentemente patriarcal e pelo liberalismo no direito contratual, corroborando a convivência de igualdade e desigualdade no mesmo ramo do direito”.*²⁹

Desta feita, a discriminação enraizada começou a tomar fim, no sentido jurídico e no sentido social, sem desmerecer as demais cartas magnas promulgadas a citar: i- constituição de 1824 (Art.179 § 13) “*A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue...*”, e ii-Constituição de 1891 (Art. 72,§ 2) “*Todos são iguais perante a lei...*”, mais fortemente com o advento da constituição federal de 1988, pois trouxe previsto como princípio fundamental o direito e igualdade entre homens e mulheres, com o intuito de erradicar de uma vez por todas as desigualdades entre todos, (Art.5 CF30): “*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros*

28 LEMOS, José Alexandre Silva. O princípio da igualdade e o Direito do Consumidor . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>>.

29 LEMOS, José Alexandre Silva. O princípio da igualdade e o Direito do Consumidor . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>>.

30 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.*

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Não obstante em termos gerais o processo desigual foi operado, podemos ver já na esfera do campo trabalhista, que essa relação e desigualdade no ambiente do trabalho, teve grande impacto com o advento da nossa carta magna citada, e teve como precursor as várias revoluções e movimentos feministas existente pelo mundo, bem como políticas de cotas, as quais serão aventados no presente artigo, demonstrando a relevância do tema proposto.

2. BASE HISTÓRICA- IGUALDADE

A história descreve com clareza o surgimento e compreensão sobre o direito a igualdade, em especial entre homens e mulheres desiguados no ambiente laboral. O termo isonomia nasce no berço da antiguidade clássica, tendo sua força e apontamento relevante na Grécia, pois andou em similaridade com a democracia.

Pela etimologia da palavra, democracia quer dizer "*demokratia*", de demos = "povo" + *kratia* = "força", poder "Houaiss". Na Grécia antiga, e com o surgimento da democracia, a maior parte do povo era tratado de certa forma com igualdade, pois todos participavam na polis (Política). Entretanto, o conceito de liberdade era empregado juntamente com o conceito de igualdade, pois os que nasciam livres eram iguais, o que excluía as mulheres e escravos. Desta forma, e mesmo que com sérios problemas de igualdades entre raças e homens e mulheres, referido local teve papel importante no nascimento da igualdade entre homens.

Esse tipo de privilégio em deixar-se que uma determinada classe social dominasse a política manteve-se na Idade Média, aonde as classes menos favorecidas eram dominadas pelos senhores feudais, como a dos camponeses pelos donos das terras: era a dominação do suserano perante os vassalos.

O Comércio teve papel relevantíssimo no surgimento de uma nova classe denominada como burguesia, ou seja, começam a acumular riquezas não mais com surgimento nas terras, e sim no comércio.

Importante aspecto nessa época foi a chamada revolução industrial, pois contribuiu grandemente com o aprimoramento de cultura e maiores fortunas para tais classes, o que motivou o estado a reduzir o que antes eram destinados apenas à aristocracia e ao clero.

Com o poder que a burguesia veio adquirindo com o comércio, começaram a pleitear tratamentos igualitários, protestando pelo fim de todos os privilégios que o Estado destinava somente à aristocracia e ao clero.

Podemos destacar tal ideia em uma explicação de Osias Tibúrcio Fernandes Melo 31:

“Para a burguesia manter-se no poder, fazia-se necessário uma norma superior que obrigasse o Estado a tratar todos os homens igualmente, independentemente de sua origem. Daí o fundamento do princípio da igualdade estar ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual todos os indivíduos são sujeitos de direitos, uma vez que dotados de humanidade, devendo ser tratados de forma igualitária independentemente de sua origem, raça ou gênero”.

Com as revoluções e movimentos sociais, foi criada a declaração dos direitos dos homens, firmando o princípio da igualdade como base do estado moderno, como pronúncia José Alexandre da Silva Lemos³².

“Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, firmou o princípio da igualdade como base do Estado moderno influenciando todas as constituições modernas. A Constituição Francesa de 1791 também seguiu o modelo da Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, consagrando a idéia de que todos são iguais perante a lei”.

Desta forma a evolução comercial, em especial do capitalismo industrial fizeram com que grandes pensadores pudessem concluir que a igualdade formal em tratar as pessoas de forma desigual ou com exclusão não gerava uma efetiva igualdade, mas pelo contrário trazia enormes discriminações entre gêneros diversos.

31 MELO, Osias Tibúrcio Fernandes de. Ação afirmativa: o problema das cotas raciais para acesso às instituições de ensino superior da rede pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 342, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5301>>.

32 LEMOS, José Alexandre Silva. O princípio da igualdade e o Direito do Consumidor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>>.

3. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO- DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE LABORAL.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um dos principais órgãos controladores que visam trazer a harmonia sobre os direitos transnacionais e internacionais em matéria de direito do trabalho.

A luta contra a discriminação pós-revoluções industriais e francesa, fizeram com que a OIT citada criasse algumas convenções de combate as desigualdades. Assim em seu conselho Administrativo, elencou entre todas as convenções, oito como fundamentais, considerando os assuntos que abrangem, sendo eles princípios e direitos fundamentais, como bem listado pela doutrinadora Carla Romar:

" Liberdade de associação e liberdade sindical;

Reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;

Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatória;

Abolição do trabalho infantil;

Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação;"

As convenções chamadas de "fundamentais" são listadas em números, sendo: Convenção n. 87 - Liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização; Convenção n. 98 - Sindicalização e negociação coletiva; Convenção n. 29 – Trabalho forçado; Convenção n. 105 – Abolição do trabalho forçado; Convenção n. 138 – Idade mínima para o trabalho; Convenção n. 182 – Piores formas de trabalho infantil Convenção n. 100 – Igualdade de Remuneração; Convenção n. 111 – Discriminação (emprego e ocupação).

Conforme a declaração aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998, ainda que o Estados membros da OIT, não tenham ratificado essas convenções acima, se comprometem em respeitar e tornar eficaz os princípios relativos aos direitos fundamentais, pelo simples fato de "pertencerem à Organização".

Dentre as citadas convenções, temos que as mais importantes em matéria de discriminação e erradicação as desigualdades, podemos citar a convenção nº 100 aprovada em 1951, na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, entrou em vigor em 1953, sendo ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957. A convenção nº 100, protege o princípio da igualdade de remuneração, no qual garante que todos os estados-membros que forem signatários apliquem a todos os homens e mulheres de seus países, uma igualdade salarial sem distinção.

Ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, tivemos a convenção nº 111, aprovada em 1958, na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Essa convenção estabeleceu como definição de discriminação: "*qualquer distinção exclusão ou preferências baseadas em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião, política, ascendência nacional ou origem social, das quais derive uma situação de desigualdade de oportunidades ou de tratamentos no emprego e ocupação*" (Romar Carla, p. 791). Os estados membros que ratificarem devem promover políticas para elaborar e aplicar métodos adequados para que a igualdade prevaleça em seu país.

Assim, referidas declarações são internalizadas pelo Brasil, possuindo *status* de norma supralegal, já que, diante do decidido pelo RE 636.331 (Tema 21033), os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem *status* de norma supralegal, podendo sofrer controle de convencionalidade, salvo aqueles que foram internalizados conforme o que dispõe artigo 5, § 2º da CF já que se equiparam a emendas constitucionais.

4. ISONOMIA FORMAL E ISONOMIA MATERIAL

Para entendermos acerca da igualdade formal e material destacamos as palavras de José Afonso da Silva³⁴:

"Nossas constituições, desde o império, inscreveram o princípio da igualdade, como igualdade perante a lei, enunciando que, na sua literalidade, se confunde com a mera isonomia formal, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do Art. 5º, caput, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há de aferir com outras normas constitucionais, e especialmente com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social".

O princípio da igualdade formal está previsto no caput do Art. 5º³⁵ da Carta Magna de 1988. A igualdade formal é o que mais interessa aos diplomados do direito.

A ideia de igualdade material deve ser o de um tratamento igualitário e uniformização social, bem como a sua equiparação no que diz respeito às possibilidades

³³ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14028416>

³⁵ Art. 5: "*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...*".

de concessão de oportunidades. Pode se dizer que temos indícios de materialidade do direito a igualdade ou isonomia elencado artigo 3º³⁶ da CF, pois se presta a tratar da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como estudar as formas de preconceitos entre origem, raça, cor, idade e outros.

Outro ponto fundamental de indicação clara e direta sobre a igualdade material, pode ser prevista no art. 5º: *I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.* De igual forma o previsto no *Art. 7º: XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;* além de outras tantas.

Podemos ver que o que se busca é a isonomia material e não a isonomia formal, havendo, então, tratamento diferente para com os desiguais, visando igualar as diferenças a fim de que a justiça seja alcançada, conforme o ensino de Alexandre de Moraes:³⁷

“A desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja existência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos”.

Nas palavras de José Afonso da Silva³⁸ :

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁷ Moraes, Alexandre. Direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

³⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

“A constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitará ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres, e acrescenta vedações à distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação”.

O princípio da igualdade tem evoluído com o passar dos tempos, ganhando atualmente um certo destaque ao falar-se em isonomia material ou fática, em contrapartida à isonomia meramente formal ou jurídica. A igualdade material trata de um conceito que deve guiar todo o prisma constitucional ao se estabelecer equivalência de direitos.

5. AÇÕES AFIRMATIVAS

Não basta existir convenções, órgãos internacionais e demais fontes de direcionamento sobre as desigualdades existentes. Torna-se imperioso que exista elementos e condições, que irão de forma positivada desigualar a “minoridade” combatida historicamente. Tais ações denominadas como ações afirmativas, tem esse papel fundamental, ou seja, desigualará os desiguais e equipara-los no mesmo patamar jurídico. Desta forma e para se entender melhor o conceito sobre Ações Afirmativas, destacamos as sábias palavras do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa Gomes³⁹:

“Como uma série de medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo ente público ou privado, espontânea ou compulsoriamente, com o objetivo de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantindo a igualdade de oportunidades e tratamento, bem como de compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização. O objetivo maior é criar uma sociedade em que a democracia seja efetiva e não apenas teórica, transformando uma igualdade meramente formal numa igualdade real”.

Paulo Lucena de Menezes⁴⁰ ao interpretar o direito norte-americano sobre igualdade e ações positivadas preleciona da seguinte forma:

“A busca das “ações afirmativas” como forma de inserção veio após a observação das experiências vividas em outros países,

³⁹ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: 1 Ed. 2001.

⁴⁰ MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano.

particularmente nos Estados Unidos, que foi o precursor de tal projeto. Constata-se que o conceito de “ações afirmativas” surgiu nos Estados Unidos no ano de 1961, contido na Ordem Executiva nº 10.952, do presidente John Kennedy, que tinha como objetivo o estabelecimento da Comissão Presidencial sobre igualdade no emprego. Essa ordem executiva desenvolveu-se lentamente a partir de um sistema de aplicação baseado em diretrizes que obrigavam as empresas a ter metas e cronogramas para a admissão dos trabalhadores negros, mulheres e outras minorias”.

Podemos verificar que o modelo norte-americano a cerca das ações afirmativas servem apenas como exemplificação, pois não se pode implantá-lo na íntegra no Brasil, visto que a questão racial aqui se manifesta de forma distinta. Com a diferença de realidade social, econômica e cultural entre esses dois países, a exclusiva importação do modelo norte-americano, não será a solução do problema, uma vez que o país deve, sim, adaptar essas ações a sua realidade.

Vale ressaltar que as ações afirmativas não devem ser confundidas com o sistema de cotas, pois o sistema de cotas são apenas um dos meios de se prestar uma ação afirmativa para a busca da igualdade, e por consequência equiparar os desiguais aos desiguais no mesmo plano jurídico.

O fato é que a desigualdade atingiu atualmente, proporções enormes e assustadoras, que põem em risco a paz da nação. As ações afirmativas ou discriminação positiva visam perseguir a sua principal finalidade, a de abrandar as desigualdades existentes.

Podemos destacar no Brasil alguns meios de inserção de pessoas desiguais, adotando assim algumas políticas de cotas, as quais servem para inserir os desiguais no campo igual jurídico.

6. POLÍTICA DE COTAS

6.1 Cotas de Negros.

O Brasil possui algumas políticas e meios de inserir os desiguais ou os chamados “minorias” num mesmo patamar jurídico. Podemos citar como exemplo a políticas de cotas para ingresso de negros nas universidades, cotas para mulheres nas candidaturas eleitorais, leis de proteção contra violência doméstica e familiar com repercussão no ambiente laboral.

Após longos anos de escravidão e de abolição da escravatura no Brasil, o negro continua com o estigma de ser inferior perante o branco e, por consequência da sua situação social e econômica, é marginalizado. Uma possibilidade de inserção social de parcela dessa população seria a promoção de igualdade entre negros e brancos, e um dos fundamentais contornos de obter essa situação é a inspiração de cotas para o ingresso de negros no ensino superior.

Sabemos, e não devemos esconder, que os marginalizados e oprimidos pelas condições sociais e econômicas não disputam o vestibular nas mesmas condições que aqueles que passaram a vida toda em escolas particulares, cursinhos pré-vestibulares que demandam elevados gastos financeiros e temporais, essas pessoas que geralmente adentram mais facilmente em universidades sempre foram agraciados com um ambiente que lhes propiciou o pleno gozo das prerrogativas da cidadania e dos bens materiais disponíveis.

As cotas para negros e pardos nas universidades não se relaciona com a natureza das raças, não revela desequiparação, mas, por medidas artificiais, foi realmente colocada em situação de inferioridade. Os dados e o dia a dia comprovam a condição subumana e inferior de vida da grande maioria dos negros. Se mais negros entrarem como alunos na universidade, teremos, após alguns anos, uma elite de formadores de opinião, de uma forma geral. Isso influenciaria e beneficiaria esse povo a buscar essa igualdade.

Faz-se necessário que a inserção do negro na sociedade, seja por um meio desigual e ao mesmo tempo igual, pois se torna evidente aos olhos humanos, a sua efetiva e emergente exclusão. Deve-se aplicar um modelo legal, para que se possa restaurar a dignidade à raça e revigorar os ideais democráticos. Também não deve ser esquecida a situação de risco que geralmente se encontra a juventude negra assediada, diuturnamente, por promotores de atividades ilícitas.

As ações afirmativas, para impulsionar a inserção de negros no ensino superior, visamos à correção de uma distorção histórica e ao permitir que os talentos e potencialidades possam, em igualdade de condições, serem revelados.

A implantação do sistema de cotas não deverá ser o único mecanismo por termo nas desigualdades raciais no Brasil, seja em qualquer área. O sistema de constitui em medidas essenciais, pois o que não podemos mais é continuar de braços cruzados diante da situação.

6.2 Do voto à lei de cotas: um pouco da história

No início do período democrático e durante um longo período, em todo o mundo, apenas os homens detinham o direito a escolha dos governantes. No Brasil, após 1850 tivemos movimentos das mulheres, formando organizações para buscar o aprimoramento e a busca de seus direitos. E sua principal bandeira era o direito à instrução e ao voto, pois as mulheres eram alijadas do espaço público e havia grande índice de analfabetismo entre elas. Os primeiros cargos de ingresso da mulher no mercado de trabalho foi operarias, enfermeiras, professoras e secretarias, pois eram cargos em que se considerava menos capacidades físicas e constantes alvos de assédios sexuais e inferioridades salariais.

Na década de 1930, mais precisamente no governo Getúlio Vargas, foi promulgado o código eleitoral pelo decreto nº 21.076, garantindo finalmente o direito de votar. Nas eleições de 1933, convocada para a Assembléia Nacional Constituinte, foram eleitos 214 deputados e apenas uma mulher.

Outro passo importante com o advento do decreto nº 21.079, foi conquistado o direito à candidatura feminina, foi outro passo importante. Nos anos 70, desencadeia-se um amplo debate sobre a condição da mulher e surgem os primeiros grupos feministas no Brasil, motivados pelos novos movimentos de mulheres que emergiam na América do Norte e na Europa. Nos anos 80, os grupos de mulheres se reproduziam e difundiram os ideais feministas sobre a mudança da condição da mulher na sociedade e das relações entre homens e mulheres para os partidos políticos, sindicatos e associações comunitárias, que elaboraram suas próprias formulações.

Temos no sistema eleitoral brasileiro um sistema de lista aberta, ou seja, os eleitores podem escolher em quem irão votar, votando na pessoa do candidato e não nos partidos.

Com o passar dos tempos, o Brasil veio com os movimentos feministas incluir alguns projetos de lei para resguardar um percentual de cota mínima para as mulheres no parlamento, sendo instituída em 1995, por proposição da deputada Marta Suplicy (PT-SP) e sugeria o mínimo de 20% de mulheres candidatas e foi aplicada, pela primeira vez, nas eleições de 1996. As normas foram estabelecidas com a lei nº 9.504/97 que determina, no *art. 10, § 3º* *“Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo”*. Este dispositivo é válido para eleições proporcionais, ou seja, disputas para vereador (a), deputado (a) estadual e deputado (a) federal. Dessa forma, o Brasil antecipou-se às recomendações da Plataforma de Ação Mundial de Beijing, assinada sem restrições na Conferência Mundial da Mulher, em setembro de 1995, que recomendou aos países a adoção de ações afirmativas e que foi

endossado pelo Brasil sem reservas e recomendações, por meio de cotas, incentivos fiscais e medidas legais para apressar a diminuição da exclusão das mulheres e chegar-se à igualdade entre os sexos nos centros de poder político.

A presente legislação de que trata o sistema de cotas, obrigou os partidos a colocar mais mulheres em seus projetos de campanha. Porém, nos dias atuais, após vários anos a criação da lei de cotas, os partidos ainda descumprem a legislação. Avaliando estudos criados pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria denominado (Cfêmea)⁴¹, até o momento as mulheres estão em minoria nas cadeias de comando legislativo.

Mesmo com a implementação da política de cotas, ainda são poucas as candidatas em relação aos candidatos e são ainda menos numericamente expressivas as prefeitas e vereadoras eleitas em relação aos homens. A presença da mulher na política cresceu e o resultado foi positivo, mas é insuficiente.

O sistema de cotas não conseguiu diminuir a desigualdade entre os homens e as mulheres no que tange a vida política. Ainda faltam transpor alguns obstáculos que dificultam a candidatura das mulheres. Um deles seria o tradicionalismo e o conservadorismo, do fato de a política, suas instituições e postos do poder público serem esferas da vida social tradicionalmente dominada pelos homens.

Apesar de no ramo da política, entendemos que o sistema de cotas seja fundamental para algumas inserções, porém não está sendo suficiente para mudar a concentração do poder. Destacamos a tese do pesquisador Almira Rodrigues⁴²:

“Deve ser acompanhada de outros mecanismos, como políticas de formação e de apoio às candidaturas e às indicações de mulheres. A política de cotas acaba por ser indispensável à construção de uma sociedade democrática e à superação das exclusões e desigualdades sociais. A baixa representação feminina distorce a democracia, pois uma parte da humanidade não se fará representar e, tampouco, se reconhecerá nos feitos do outro, que tenderão ao comprometimento pela auto-referência.”

⁴¹ Informação disponível em < www.cfemea.org.br/> Associação Feminista. Acessado em 03/12/2021.

⁴² RODRIGUES, Almira; MARINHO, Elaine; BARREIROS, Elizabete; CORTÊS, Iáris. Tese para o XIII Congresso Nacional do PPS – Gênero. Disponível em: http://www.pps.org.br/gaf/tese_genero.asp.

As posições afirmativas podem ser um dos meios para tentar reverter às desigualdades sociais existentes entre os gêneros e entre os seres historicamente excluídos. Nos países em que os eleitores votam nos partidos, apoiando as listas de candidaturas por eles apresentadas, há um impacto mais positivo das cotas. Muitos dos partidos estipulam, por exemplo, que a cada dois homens seguidos na lista, é obrigatória a inclusão de uma mulher, ou que exista uma alternância entre homens e mulheres, aumentando a probabilidade de elas serem eleitas por estarem nos primeiros lugares da lista. Este não é o caso da lei brasileira. No Brasil, a implementação da política de cotas, além de enfrentar as dificuldades do sistema eleitoral, enfrenta as resistências dos próprios partidos, que têm dificuldade de pensar na inclusão e valorização das mulheres em seus quadros partidários.

7. MEDIDAS PROTETIVAS PARA MULHER NO AMBIENTE LABORAL

Ante toda exclusão da mulher do espaço privado e sua autonomia de vontade perante a sociedade, será que seria necessária a criação de políticas afirmativas de cotas para o ingresso igualitário das mulheres no mercado de trabalho?

Iniciamos as respostas, indicando que a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1979 em reunião, firmou em convenção determinando que os países integrantes deveriam erradicar todas as formas de discriminação contra a mulher. No Brasil através do decreto nº 93 de 14 de novembro de 1983 aprovou o texto da Convenção citada, reservando do cumprimento dos artigos 15, parágrafos 4, e artigo 16, e mais adiante o decreto nº 89.460 de 20 de março de 1984, ambos traziam ressalvas quanto as liberdades idênticas entre homens e mulheres, critérios de igualdade de autonomia de estabelecer residências, bem como questões relacionadas a regime de casamentos, conforme ementa⁴³: *"APROVA O TEXTO DA CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER, ASSINADO PELA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, EM NOVA YORK, NO DIA 31 DE MARÇO DE 1981, COM RESERVAS AOS SEUS ARTIGOS 15, PARAGRAFO 4, E 16, PARAGRAFO 1, ALINEAS (A), (C), (G) E (H)."*

Sabendo-se que naquela época imperava ainda o regime militar e inexistia a Constituição de 1988, bem como estávamos sob a vigência do Código Civil de 1916. Após o advento das alterações trazidas pela nossa carta magna de 1988, em especial o artigo 5º "direitos e igualdades entre homens e mulheres", as legislações infraconstitucionais e

⁴³ <https://legis.senado.leg.br/norma/537711>

supralegais tiveram que sofrer modificações, quer seja por pressões da sociedade emergente, quer seja, através de ações judiciais contendo tais discussões.

Através de um mesmo ato, em 13 de setembro de 2002, o Brasil editou o decreto nº: 4.37744 de 13/09/2002, revogando os decretos números: 93 de 1983 e 89.460 de 1984, aprovando totalmente a convenção de 18 de dezembro de 1979, passando então de forma funcional, a gerar programas de redução e erradicação quanto a discriminação contra as mulheres.

Como forma de garantir uma efetiva ação afirmativa, o congresso nacional, felizmente, criou e medidas de proteção contra a mulher, lei nº 11.340/200645 (Lei Maria da Penha), que muito embora surgiu com questões relacionadas a violência doméstica, teve desdobramentos na esfera laboral.

O Artigo nº 9º, § 2, inciso II46 da citada lei autoriza o juiz competente que está avaliando questões de violência doméstica contra a mulher, de conceder o afastamento da mulher mediante suspensão do contrato de trabalho, por até seis (6) meses, sem prejuízo de sua remuneração. Referido artigo está elencado no capítulo da assistência a mulher vítima de violência doméstica, com o intuito de proteger e priorizar a manutenção, primeiro de sua integridade física e de sua família e segundo de sua renda e emprego.

A par de referida disposição legal, indaga-se o leitor: Quem contempla o ônus do pagamento do salário da mulher com contrato interrompido? Não estamos diante de uma suspensão comum do contrato de trabalho sem remuneração e/ou programa de qualificação profissional indicados e elencados pelos artigos 471, 472 e 476-A, ambos da CLT. Estamos diante de uma nova modalidade, sem previsão inclusive no rol de benefícios da previdência social lei nº 8.213/91, que poderia custear como se benefício fosse referido afastamento da mulher trabalhadora vítima de violência doméstica, já que a lei citada

44 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

45 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111340.htm

46 Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

(...) II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses".

apresenta esse ponto no capítulo II da "DA ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR".

Desta forma, poder-se-ia dizer que pela interpretação do artigo 2º da CLT esse tipo de situação vivenciada contra mulher se enquadra no risco do negócio, ou seja, o empregador deveria assumir os salários do período de afastamento. Ousamos discordar de referido raciocínio, tendo em vista que o estado, através de suas principais funções e direitos fundamentais é o responsável por garantir a integridade da vida humana, ou seja, deve implementar meios adequados para subsistência do violentado, quanto garantir pelo princípio da função econômica empresarial meios eficazes de sobrevivência empresarial, ainda mais em período tão obscuro que estamos vivendo. Nesta entoada, acredita-se que se faz necessária alteração na legislação previdenciária que trata do assunto "Benefícios do Regime Geral de previdência", criando-se desta forma uma espécie de benefício que custearia os salários das pessoas afastadas por tão cruel sistema familiar.

O Superior Tribunal de Justiça, convergindo com o exposto acima, proferiu decisão através de sua sexta turma⁴⁷, entendendo que o INSS deve custear o período do afastamento do contrato de trabalho, indicando a conjugação do já citado artigo 9, parágrafo 2º, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), com o artigo nº 226 parágrafo 8º⁴⁸, da Constituição Federal). Desta forma, concluímos que feliz é o artigo incluído pela Lei Maria da Penha, porém o custeio final e manutenção de referido salário da trabalhadora afastada deve ser custeado pelo INSS nos termos dos entendimentos sobre o assunto.

Apesar do Brasil trazer em seu bojo ideias sobre como proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos do artigo 7º da CF⁴⁹, acreditamos que o Brasil precisa evoluir bastante nas ações diretas, em especial no que diz respeito a legislação laboral protetiva da mulher que sofre violências em geral, devendo

47 <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Para-Sexta-Turma--INSS-deve-arcar-com-afastamento-de-mulher-ameacada-de-violencia-domestica.aspx>

48 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

49 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XX- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

aproveitar e se inspirar em Portugal, que através da lei nº 112/200950 editou vários artigos protetivos para mulher, no que diz respeito ao ambiente de trabalho.

8. ENCÍCLICA PAPAL FRATELLI TUTTI- 04/10/2020

Em linha de convergência com o tema, o PAPA Jorge Mario Bergoglio "Papa Francisco" através do ato denominado Encíclica Papal " Fratelli Tutti"⁵¹, sedimentou ao mundo sua visão crista sobre o mundo. Conhecida como encíclica social, o referido papa através de alguns artigos indicou seu pensamento de como a sociedade de modo geral deve enxergar os pontos mais importantes da história.

Em especial o artigo nº 23 tratou de pontos importantes no que diz respeito a discriminação das mulheres, citando inclusive as mulheres pobres e negras como vítimas mais atingidas:

"23. De modo análogo, a organização das sociedades em todo o mundo ainda está longe de refletir com clareza que as mulheres têm exatamente a mesma dignidade e idênticos direitos que os homens. As palavras dizem uma coisa, mas as decisões e a realidade gritam outra. Com efeito, «duplamente pobres são as mulheres que padecem situações de exclusão, maus-tratos e violência, porque frequentemente têm menores possibilidades de defender os seus direitos."

Assim, sedimentando entendimento mundial sobre o tema, importante passo foi iniciado com a divulgação da referida encíclica, proporcionando ao mundo uma melhor compreensão sobre o que devemos fazer para erradicar a discriminação imperada pela história.

9. CONCLUSÃO

O que foi referido nesta simples pesquisa, representa apenas uma forma de interpretação sistemática da política de cotas com ênfase a inserir os desiguais no campo igualitário. O tema predispõe de amplo debate na atualidade, principalmente em face da preocupação existente quanto ao respeito que é necessário no tocante a todo e qualquer

50 http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis

51 https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html

cidadão, em especial ante o fundamento da dignidade humana orientador da CF de 1988, além do respeito ao princípio da igualdade por ela expressamente considerada.

Em tempo no qual se discute a cerca da solidariedade que é necessária para que a sociedade possa atingir os objetivos próprios à sua intenção e do qual o próprio cuidado passa a ter prestígio como valor jurídico mandatário e orientador da atividade humana, seja ela qual for, pode-se inferir o motivo tanto de organizações variadas se ocuparem em fixar a própria denominação a ser conferido àqueles que possuam deficiência de qualquer natureza, como maneira de afastar tratamento que possa estabelecer diferença entre os cidadãos, quanto o legislativo enunciar disposições legais, e medidas protetivas daqueles, por circunstancia de ordem pessoal e a qual não deram causa, mereçam atenção especial.

Nesse espectro e segundo se verifica do mencionado neste espaço e de forma limitada, e a possibilidade existente, que a rota seguida pelo Poder Judiciário, no exame e decisão das hipóteses que lhes são apresentadas, tem sido guiada por preocupação dirigida à adequada aplicação dos princípios constitucionais e legais norteadores da matéria, na busca do respeito e tratamento igualitário indispensáveis a todo cidadão, independentemente da condição ou necessidade que possua.

Desse roteiro há que surgir a consciência social apropriada à vida em comunidade, com objetivo justamente de se procurar alcançar a garantia do exercício dos direitos sociais e individuais tais como liberdade com ênfase no desenvolvimento da igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraternal, fundada na harmonia social a que se refere a CF em seu perambulo e que serve como apropriado fecho a esse tema.

10. BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, rocha Carmem Lucia, Rocha ano 1900, página 28

BASTOS, Celso Ribeiro, Curso de Direito Constitucional 22ª edição 2001 pag187.

BAUMAN, ZYGMUNT Danos Colaterais- Desigualdades sociais.

CUNHA, Elke Mendes; FRISONI, Vera Bolcioni. Igualdade: Extensão Constitucional. Cadernos De Direito Constitucional E Ciência Política. I Doutrina. Ano 4. n.16. p. 248- 267, 1996.

Ética a Nicômaco, V, 1, 1129-10. Na edição examinada, p 81.

GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: 1 Ed. 2001.

GIMENES, Décio João Gallego. Princípio da igualdade e o sistema de cotas para negros no ensino superior. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5158>

HENRIQUES, Ricardo. IPEA. Desigualdade Racial no Brasil: Evolução das condições de vida na década de 90. 2002. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>;

LEMOS, José Alexandre Silva. O princípio da igualdade e o Direito do Consumidor . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 306, 9 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5172>.

MATTAR, Maria Eduarda. Eficiência com as diferenças. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticias/7252.asp?lang=PT&cod=7252>

MELO, Osias Tibúrcio Fernandes de. Ação afirmativa: o problema das cotas raciais para acesso às instituições de ensino superior da rede pública. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5301>

MENEZES, Paulo Lucena de. A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Almira; MARINHO, Elaine; BARREIROS, Elizabete; CORTÊS, Íáris; et al. Tese para o XIII Congresso Nacional do PPS – Gênero. Disponível em:

http://www.pps.org.br/gaf/tese_genero.asp Acessado em 27/04/2008.

RONALD DWORKIN: A virtude Soberana

ROMAR, Carla Teresa Martins; coordenador Pedro Lenza. Direito do Trabalho – 6 ed.- São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pág 217

SOUZA, Arioaldo de. A constitucionalidade da política de quotas para negros nas universidades. Disponível em:

<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&iddoutrina=1679>.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO TOCANTINS E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO AMBIENTAL

RENATO DUARTE BEZERRA:

Especialista em Direito Tributário pela BSSP - Centro Educacional, Goiânia-GO. Pós-graduando em Direito e Processo Administrativo pela Universidade Federal do Tocantins, Palmas-TO. Assessor de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e Advogado.

BUENÃ PORTO SALGADO⁵²

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, órgão de controle externo, na defesa do patrimônio público ambiental. A Constituição Federal de 1988 estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, com característica social, sendo assegurado direito a todos para as presentes e futuras gerações. Essa obrigação de defender o meio ambiente é imposta aos órgãos públicos, inclusive, aos Tribunais de Contas, e à coletividade. Nos últimos anos, tem aumentado o debate acerca da proteção ambiental. A mídia e as redes sociais têm sustentado a evolução da degradação do patrimônio público ambiental no Brasil, em especial, na região pantaneira e amazônica. Quanto a esta última, também é veiculado o aumento do desmatamento ilegal, assoreamento e grilagem de terras, principalmente, das pertencentes aos povos indígenas. O Estado do Tocantins está situado na Amazônia Legal, o que exige maior atenção pelo poder público e a coletividade no controle da gestão ambiental. O Tribunal de Contas do Estado do Tocantins vem buscando exercer o seu papel na proteção do meio ambiente por meio de auditoria de regularidade e patrimonial. Em que pese essa atuação da Corte de Contas tocantinense, que ainda é tímida, à luz da literatura, do entendimento do Tribunal de Contas da União e da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON), é preciso fortalecer os seus procedimentos

⁵² Pós Doutorando e Doutor em Direito pela UNESA. Rio de Janeiro- RJ, Mestre em Direito pela EPD, São Paulo-SP, Professor da Universidade Estadual do Estado do Tocantins e Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins.

de fiscalização, com intuito de aprimorar os pré-requisitos necessários para tornar os processos de fiscalização mais eficazes (planejamento, execução, acompanhamento) em questões relevantes para o patrimônio público ambiental.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Patrimônio Público Ambiental. Direito Fundamental. Presentes e futuras gerações.

ABSTRACT: This work aims to analyze the performance of the Court of Auditors of the State of Tocantins, an external control body, in the defense of public environmental heritage. The Federal Constitution establishes that an ecologically balanced environment is a fundamental right, with a social characteristic, being guaranteed to everyone for present and future generations. This obligation to protect the environment is imposed on public bodies, including the Courts of Auditors, and the community. In recent years, the debate about environmental protection has increased. The media and social networks have supported the evolution of the degradation of public environmental heritage in Brazil, especially in the Pantanal and Amazon regions. As for the latter, the increase in illegal deforestation, siltation and land grabbing, mainly belonging to indigenous peoples, is also reported. The State of Tocantins is located in the Legal Amazon, which requires greater attention from the government and the community in the control of environmental management. The Court of Auditors of the State of Tocantins has been seeking to exercise its role in protecting the environment, through regularity and property audits. Despite this performance of the Court of Auditors in Tocantins, which is still shy, in light of the literature, of the understanding of the Court of Auditors of the Union and the Association of Members of the Courts of Auditors in Brazil (ATRICON), it is necessary to strengthen its procedures for inspection, with the aim of improving the necessary prerequisites to make inspection processes more effective (planning, execution, monitoring) in matters relevant to the environmental public heritage.

KEYWORDS: Court of Auditors. Environmental Public Heritage. Law and fundamental. Present and future generations.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL. 3 OS TIPOS DE AUDITORIA REALIZADAS PELO TCU NA ÁREA AMBIENTAL. 4 O TCE-TO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL. 5 CONTROLE SOCIAL COMO ALIADO IMPORTANTE DO CONTROLE EXTERNO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Em 29 de janeiro de 2019 o portal G153 de notícias veiculou a informação que no Estado do Tocantins possui 670 (seiscentos e setenta) barragens que são de responsabilidades estaduais. Foi relatado que, pelo Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS), a maioria dessas barragens são pequenos barramentos destinados a irrigação de lavouras ou para animais beberem, destacando que 04 (quatro) estavam em situação de risco e mais de 520 (quinhentos e vinte) sem monitoramento.

Segundo a reportagem, existem 3 (três) barragens de rejeitos de minério no Estado do Tocantins – que são semelhantes à de Brumadinho-MG – localizadas nos municípios de Arraias - TO, Chapada da Natividade - TO e Taipas do Tocantins - TO.

A situação das queimadas no Estado do Tocantins também é preocupante, como alertou o veículo de comunicação Conexão Tocantins⁵⁴, relatando que em agosto de 2021 ocorreram mais de cinco mil focos, o que levou o Estado a ocupar a 5ª (quinta) colocação do ranking nacional.

Nessa perspectiva, percebe-se a necessidade de avaliar os efeitos do controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE-TO), na preservação do patrimônio público ambiental.

Partindo dessas premissas, indaga-se: o controle externo realizado pelo TCE-TO tem surtido os efeitos esperados?

Nessa esteira, o objetivo geral nesta pesquisa é avaliar os efeitos do controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE-TO), na preservação do patrimônio público ambiental.

Para tanto, foram delineados os seguintes objetivos específicos: descrever os tipos de controle externo exercidos pelas Cortes de Contas em prol da defesa do meio ambiente; relacionar as principais fiscalizações feitas pelo TCE-TO na preservação do patrimônio

⁵³ Tocantins tem quatro barragens em situação de risco e mais 520 sem monitoramento. G1-Tocantins-TV Anhanguera. Palmas, Estado do Tocantins, em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/01/29/tocantins-tem-quatro-barragens-em-situacao-de-risco-e-mais-de-520-sem-monitoramento.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2021.

⁵⁴ Tocantins ultrapassa 5 mil focos de queimadas em 2021; Estado ocupa 5º lugar no ranking nacional - Conexão Tocantins - Portal de Notícias (conexaoto.com.br) Palmas, Estado do Tocantins, em 16 de agosto de 2021. Disponível em: <https://conexaoto.com.br/2021/08/16/tocantins-ultrapassa-5-mil-focos-de-queimadas-em-2021-estado-ocupa-5o-lugar-no-ranking-nacional>. Acesso em: 12, out.2021.

público ambiental; e propor medidas visando à implantação ou aprimoramento de boas práticas na gestão ambiental.

Parte-se da hipótese que a atuação do TCE-TO na defesa do patrimônio público ambiental encontra-se em estágio embrionário, sendo necessária a ampliação das ações fiscalizatórias de modo a combater efetivamente a degradação ambiental no Estado do Tocantins.

Desse modo, para viabilizar o teste da hipótese, realiza-se uma pesquisa de finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e realizada com procedimentos bibliográficos e documentais.

De início, apresentamos os aspectos gerais do controle externo dos tribunais de contas na proteção do meio ambiente, partindo dos mandamentos constitucionais, das leis esparsas, da literatura e da jurisprudência. A seguir, analisaremos o modelo de fiscalização realizado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na área ambiental, indicando o tipo e a sua finalidade, além de exemplificar as várias auditorias realizadas pela Corte de Contas referida. Após, aduzimos os regramentos que fundamentam a atuação do TCE-TO, na proteção do patrimônio público ambiental.

Também foi realizada uma análise das espécies de auditorias realizadas pelo TCE-TO e pelo TCU.

Destaca-se que o Controle Social é um importante aliado do Controle Externo no combate da degradação ambiental.

Ao final, os objetivos foram atendidos e a pesquisa resta respondida com a confirmação da hipótese, demonstrando que se faz necessária a adoção de novas ferramentas na fiscalização, no âmbito do TCE-TO, para a tentativa de torná-la mais eficaz, em prol da defesa do patrimônio público ambiental.

2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL

A Constituição Federal (CF) estabelece, nos artigos 70 a 75, a **fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial** dos entes públicos pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 1988). Por força deste último dispositivo, essas normas se aplicam aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

A partir do texto constitucional, o Tribunal de Contas da União pode ser conceituado como órgão constitucional com função de fiscalizar e controlar as contas de todas as pessoas físicas e jurídicas que lidam com recursos públicos, podendo impor sanções em casos de infrações. Assim, o controle externo, em aspecto técnico, é realizado pelo TCU.

Nos termos do art. 70 da CF, as fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas, quanto à sua natureza, classificam-se em: financeira; orçamentária; contábil; operacional e patrimonial. E elas são desempenhadas quanto aos seguintes aspectos: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

No que tange à fiscalização financeira, esta busca o controle da legalidade dos atos de arrecadação de receitas e realização de despesas. Nesta fiscalização, o órgão de controle poderá acompanhar, por exemplo, se houve a adequada liquidação para efetuar o pagamento de uma despesa pública; ou se as receitas previstas estão sendo arrecadadas da forma correta.

No tocante à fiscalização orçamentária, a mesma visa acompanhar a execução orçamentária, por exemplo: o Tribunal pode verificar se a despesa realizada foi autorizada na lei orçamentária e se a previsão de receitas está sendo concretizada, se estão sendo efetuados os registros adequados nas rubricas orçamentárias, etc.

A fiscalização contábil possui a finalidade de averiguar, por intermédio de registros e documentos, se os balanços e demonstrativos contábeis refletem as variações econômico-financeiras de seu patrimônio, bem como o resultado financeiro do exercício, em conformidade com os princípios da contabilidade pública. Por exemplo, o órgão de controle pode verificar se a saída de recursos para fazer frente à aquisição de patrimônio foi devidamente registrada pelo setor contábil.

A fiscalização operacional tem o objetivo de analisar o desempenho dos órgãos públicos. O Manual de Auditoria Operacional do TCU conceitua a auditoria operacional como “o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública” (BRASIL, 2001).

Por último, a fiscalização patrimonial busca zelar pela guarda e conservação dos bens, móveis ou imóveis, das entidades públicas. A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 638) divide as funções do TCU em sete grupos: “**fiscalização financeira; de consulta; de informação; de julgamento; sancionatórias; corretivas; e de ouvidor**” (grifo nosso).

O Poder Constituinte originário atribui outras funções aos tribunais de contas, dentre elas: a missão de também zelar pela defesa do meio ambiente.

A Constituição Cidadã, através do art. 225, assegurou a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Do dispositivo precedido é extraído:

- **Que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;**
- **Esse meio ambiente nosso é um bem de uso comum do povo;**
- **E o poder público e a coletividade tem o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações** (BRASIL, 1988).

A literatura de Romeu Thomé (2020) ensina que o meio ambiente equilibrado foi reconhecido como direito humano pela Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) define o meio ambiente como o conjunto de leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (art.3º, I).

O art. 225 § 3º, da Carta Maior de 1988, dispõe que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Pelo Princípio da Responsabilidade, o art. 4º, VII, 1ª parte, Lei nº 6.938/1981, traz a imposição ao poluidor da obrigação de indenizar os danos causados. A Declaração do Rio (Eco 92) traz a exigência de que os Estados devam desenvolver as legislações nacionais relativa à responsabilidade e à indenização referente às vítimas de danos ambientais, em clara referência ao Princípio da Responsabilidade.

A Lei nº 6.938/1981 implantou o Sistema Nacional do Meio Ambiente, sendo organizado da seguinte forma:

Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria

da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

I - **ÓRGÃO SUPERIOR:** o **Conselho de Governo**, com a função de assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais;

II - **ÓRGÃO CONSULTIVO E DELIBERATIVO:** o Conselho Nacional do Meio Ambiente (**CONAMA**), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

III - **ÓRGÃO CENTRAL:** a **Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República**, com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;

IV - **ÓRGÃOS EXECUTORES:** o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - **IBAMA** e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - **Instituto Chico Mendes** (ICMBio), com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências;

V - **ÓRGÃOS SECCIONAIS:** os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental;

VI - **ÓRGÃOS LOCAIS:** os órgãos ou entidades **municipais**, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições; § 1º - Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA. § 2º Os Municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas mencionadas no parágrafo anterior. § 3º Os órgãos central, setoriais, seccionais e

locais mencionados neste artigo deverão fornecer os resultados das análises efetuadas e sua fundamentação, quando solicitados por pessoa legitimamente interessada. § 4º De acordo com a legislação em vigor, é o Poder Executivo autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico científico às atividades do IBAMA (BRASIL, 1981, grifo nosso).

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão, não pode ser insuficiente, cabendo aos Estados promulgar leis eficazes de proteção aos ecossistemas. Assim, pelo Princípio da Vedação da Proteção Deficiente, os objetivos e prioridades em matérias de regulamentação do meio ambiente devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicam, vedando a criação de normas ambientais inadequadas.

Nesse sentido, vale transcrever o inteiro teor da ementa da ADI nº 3.540 MC/DF, da lavra do então Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - **PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE** - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELES PERTINENTE - **MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI** - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE:

UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. (...) (ADI 3540 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

As ações do Poder Público devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual.

Registre-se também que o meio ambiente é um bem indisponível, sendo a reparação civil pelo dano que lhe for causado, imprescritível, conforme precedentes do STF e STJ:

É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

STF. Plenário. RE 654833, Rel. Alexandre de Moraes, julgado em 20/04/2020 (Repercussão Geral – Tema 999) (Info 983 – clipping).

(...)

Em sua dimensão coletiva, a jurisprudência desta Corte superior entende que a pretensão de reparação do dano ambiental não é atingida pela prescrição, em função da essencialidade do meio ambiente.

STJ. 3ª Turma. REsp 1641167/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/03/2018.

As infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis.

STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1421163/SP, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06/11/2014.

O direito ao pedido de reparação de danos ambientais, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegido pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito inerente à vida, fundamental e essencial à afirmação dos povos, independentemente de estar expresso ou não em texto legal.

STJ. 1ª Turma. REsp 1.120.117-AC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 10/11/200955

Essa garantia especial de imprescritibilidade revela a importância dada pelo Poder Público, acerca da preservação do meio ambiente, visando garantir esse patrimônio comum de toda a humanidade, sobretudo, para as futuras gerações.

3 OS TIPOS DE AUDITORIA REALIZADAS PELO TCU NA ÁREA AMBIENTAL

Em estudo no âmbito do Tribunal de Contas da União, Lima (2001) apresentou a classificação dos vários tipos de auditorias que podem ser realizadas no âmbito do controle externo, resumido no quadro 1 feito pelo autor:

Quadro 1 - Tipologia das auditorias ambientais no âmbito do controle externo

Tipo	Objeto
Auditoria de orçamento ambiental	Análise da aplicação dos recursos alocados para programas ambientais, oriundos de dotações orçamentárias, de empréstimos ou doações internacionais, ou da receita própria dos órgãos ambientais
Auditoria de impactos ambientais	Análise dos impactos causados ao meio ambiente pelas atividades do próprio

55 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/742141ceda6b8f6786609d31c8ef129f>. Acesso em: 11 out. 2021.

	Estado, diretamente ou mediante concessões, permissões e autorizações
Auditoria dos resultados das políticas ambientais	Análise de eficiência e da eficácia das políticas públicas afetas ao meio ambiente
Auditoria da fiscalização ambiental pública	Análise da atuação do poder público como fiscal do meio ambiente
Auditoria de cumprimento dos tratados ambientais internacionais	Análise da adequada execução de tratados firmados pelo Brasil
Auditoria do licenciamento ambiental	Análise da conformidade dos licenciamentos concedidos para atividades potencialmente geradoras de significativos impactos ambientais, bem como da qualidade dos EIA e RIMA
Auditoria dos impactos ambientais das políticas de incentivos fiscais, subsídios e financiamentos por organismos oficiais de crédito.	Análise dos impactos causados ao meio ambiente em razão das políticas de incentivos fiscais, subsídios e financiamentos por organismos oficiais de crédito.

Fonte: Lima (2001)

O mesmo autor⁵⁶, em outro estudo, sustenta que o TCU tem atuado de forma proativa na defesa do meio ambiente, com a realização de auditorias detalhadas, a seguir enumeradas: 1) auditoria operacional, tendo como objeto a avaliação do governo federal na gestão dos recursos hídricos. Decisão nº 566/2002 - Plenário, de 29-5-2002; 2) auditoria

⁵⁶ LIMA, Luiz Henrique Moraes de. O Tribunal de Contas da União (TCU) e a gestão ambiental brasileira - experiência recente. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 1 a 13, jan. 2005. ISSN 1679-3951. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/4935>. Acesso em: 08 nov. 2020.

no Programa Saneamento Básico, de responsabilidade da Fundação Nacional de Saúde (Funasa). Acórdão nº 309/2003 - Plenário, de 2-4-2003; 3) auditoria na Agência Nacional do Petróleo (ANP) e no Ibama, para examinar o relacionamento entre os órgãos responsáveis pela indústria petrolífera e os que cuidam do meio ambiente. Acórdão nº 787/2003 - Plenário, de 2-7-2003; 4) auditoria para definir indicadores de gestão ambiental. Acórdão nº 516/2003 - Plenário, de 14-5-2003; 5) auditoria de natureza operacional no Ibama envolvendo ações governamentais, para proteger o meio ambiente na região amazônica, possibilitando seu desenvolvimento com foco no emprego de técnicas de manejo florestal sustentável. Acórdão nº 424/2004 - Plenário, de 14-4-2004; 6) auditoria de natureza operacional no Ibama para identificar fatores relevantes na elaboração e avaliação de estudo de impacto ambiental/relatório de impacto ambiental (EIA/Rima). Acórdão nº 462/2004 - Plenário, de 28-4-2004; 7) auditoria de natureza operacional na Secretaria de Qualidade Ambiental nos Assentamentos Humanos do Ministério do Meio Ambiente (SQA/MMA), para verificar a aplicabilidade da avaliação ambiental estratégica (AAE) pelo governo federal no planejamento de políticas, planos e programas, bem como o licenciamento ambiental de projetos e obras realizadas com recursos federais. Acórdão nº 464/2004 - plenário, de 28-4-2004.

Assim, conclui-se que o TCU tem atuado de forma bastante abrangente na defesa do patrimônio público ambiental.

4 O TCE-TO E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Lei nº 001/1989, de 23 de janeiro de 1989, criou o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE-TO). Conforme o artigo 32 da Constituição do Estado do Tocantins (CE-TO), o controle externo da administração direta ou indireta das entidades públicas tocaninenses, em seu aspecto técnico, será realizado pelo TCE-TO.

Com base no chamado princípio da simetria, as mesmas competências atribuídas ao TCU também são atribuídas aos tribunais de contas estaduais, distrital, municipais ou dos municípios, no que couber.

O TCE-TO possui as seguintes funções, nos termos do art. 33, da CE-TO:

Art. 33. Ao Tribunal de Contas compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, pela administração financeira dos Municípios e por todas as entidades da administração direta e indireta, estadual e municipais,

mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento.

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos estadual e municipal e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outras irregularidades que resultem prejuízo ao tesouro público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar por iniciativa própria da Assembleia Legislativa, da Câmara Municipal, de comissão técnica e de inquérito, inspeções e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado, mediante convênio, ajuste, acordo ou outros instrumentos congêneres a Municípios;

VI - prestar as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, pelas Câmaras Municipais, ou por qualquer das comissões parlamentares, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VII - aplicar aos responsáveis, em casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, a qual estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

VIII - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

IX - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, excetuados os casos previstos no § 1º deste artigo, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal, conforme o caso.

X - representar ao Poder competente sobre irregularidade ou abusos apurados; XI - fiscalizar as contas do Estado ou do Município, das empresas ou consórcios interestaduais ou intermunicipais de cujo capital social o Estado ou Município participe de forma direta ou indireta nos termos de acordo, ou ato constitutivo;

XII - acompanhar por seu representante, a realização dos concursos públicos na administração direta e indireta, nas fundações, empresas públicas, autarquias e sociedades instituídas ou mantidas pelo Poder Público estadual ou municipal (TOCANTINS, 2001).

Simetricamente, a Constituição do Estado do Tocantins previu prescrições semelhantes ao art. 225 da CF/1988:

Art. 110. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Estado, aos Municípios e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações, observando o seguinte:

I - conciliação das atividades econômica e social na proteção ao meio ambiente, zelando pela utilização dos recursos naturais, de forma racional para preservação das espécies, atentando para os caracteres biológicos e ecológicos e para harmonia e funcionalidade dos ecossistemas, evitando-se danos à saúde, à segurança e ao bem-estar das comunidades;

II - implantação de sistema de unidade de conservação original do espaço territorial do Estado, proibida qualquer atividade ou utilização que comprometa seus atributos originais e essenciais;

III - proteção da flora e da fauna, principalmente das espécies ameaçadas de extinção, na forma da lei, vedadas as práticas que submetam os animais à crueldade;

IV - estímulo e promoção do reflorestamento em áreas degradadas, objetivando, especialmente, a proteção dos terrenos erosivos e dos recursos hídricos bem como a consecução de índices mínimos de cobertura vegetal;

V - garantia de acesso aos interessados em informações sobre fontes e causas da poluição e da degradação ambiental;

VI - promoção de medidas administrativas e judiciais de apuração de responsabilidades dos causadores da poluição ou da degradação ambiental;

VII - promover a integração das associações civis, centros de pesquisas, organizações sindicais, universidades, nos esforços para garantir e aprimorar o controle da poluição, inclusive no ambiente de trabalho;

VIII - fiscalizar e acompanhar as concessões e direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais, efetuados pela União no território do Estado;

IX - promover a conscientização da população e a adequação do ensino de forma a incorporar os princípios e objetivos da proteção ambiental (TOCANTINS, 1988).

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins, em seu artigo 74, IV, estabeleceu que configura irregularidade qualquer ação ou omissão contrária ao meio ambiente.

Com base nas normas transcritas, o Tribunal de Contas do Estado do Tocantins realizou Auditoria Operacional, Relatório nº 01/2019 (Processo nº 4804/2019), visando a avaliação do programa do ICMS ecológico no Estado do Tocantins, perante aos Órgãos envolvidos na operacionalização do Programa MS Ecológico, em especial, Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - SEMARH, Instituto Natureza do Tocantins – NATURATINS, Instituto de Desenvolvimento Rural do Estado do Tocantins – RURALTINS e Secretaria de Estado da Fazenda – SEFAZ, sendo constatados os seguintes achados:

- (a) Incoerência nas despesas empenhadas pelos municípios nas funções 17 (saneamento básico) e 18 (meio ambiente) do orçamento;
- (b) Baixa transparência na divulgação dos espelhos dos questionários qualitativos e de cálculo dos índices do ICMS Ecológico;
- (c) Inexistência de controle, supervisão e auditoria sobre o processo de análise dos questionários qualitativos e sobre a geração dos índices do ICMS Ecológico;
- (d) Incoerências e baixa resolutividade na concepção atual de perguntas e pesos dos questionários qualitativos do ICMS Ecológico;
- (e) Baixo incentivo à criação de novas áreas protegidas, mesmo com elevado vulto de recursos destinados a esse critério;
- (f) Baixa efetividade do Programa na melhoria dos aspectos ambientais avaliados, e
- (g) Elevado redirecionamento de recursos sem análise de impacto financeiro.

A Corte de Contas tocantinense também realiza Auditoria de Regularidade, como se observa no Relatório de Auditoria nº 01/2015 (Processo nº 7268/2014), no qual, na área ambiental, foi identificada irregularidade na destinação e tratamento de resíduos sólidos urbano.

É importante destacar que a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil - ATRICON editou as Resoluções números 06/2018 e 07/2018, aprovando as Diretrizes de Controle Externo relacionadas assunto "Controle externo gestão de recursos hídricos" e "Controle externo na gestão de resíduos sólidos", respectivamente.

Posteriormente, foi feita, pela ATRICON, a avaliação de desempenho da Corte de Contas tocantinense na fiscalização e auditoria ambiental. Foi fixada a pontuação, de zero a cinco, tendo o TCE-TO atingido dois pontos. Nessa análise, foram abordados os seguintes quesitos:

- se os planos municipais e estaduais de resíduos sólidos atendem aos requisitos mínimos da Política Nacional de Resíduos Sólidos;

- se o jurisdicionado elabora planejamento financeiro visando assegurar a autossuficiência da gestão dos resíduos sólidos urbanos;
- se projetos e termos de referência relacionados à prestação de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como os devidos licenciamentos ambientais;
- a prestação dos serviços de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, bem como se a administração os fiscaliza adequadamente;
- se o jurisdicionado utiliza indicadores de desempenho na avaliação da gestão de resíduos sólidos;
- se o jurisdicionado adota programas e ações de educação ambiental que promovam a correta destinação e processamento, a não-geração, a redução, a reutilização, a coleta seletiva e a reciclagem de resíduos sólidos;
- se são adotadas medidas voltadas à transparência pública e ao controle social na gestão dos resíduos sólidos.

Além dessa avaliação, também ocorreu a medição do desempenho acerca da fiscalização e auditoria da gestão de recursos hídricos do TCE-TO, não sendo atingido pontuação, de acordo os critérios de avaliação da ATRICON. Vejamos os critérios adotados:

- o Tribunal dispõe, em seu quadro de pessoal, de profissionais qualificados para fiscalizar a gestão de recursos hídricos;
- o Tribunal fiscaliza:
- a existência de marco regulatório que trate da política de recursos hídricos em sua jurisdição;
- a atuação do conselho de recursos hídricos em sua jurisdição;
- o órgão de controle ambiental responsável pelo gerenciamento dos recursos hídricos.

Com base nesses indicadores da ATRICON, é possível concluir que a atuação do TCE-TO na área ambiental deve ser ampliada, de modo a atender as diretrizes estabelecidas e garantir efetividade às ações objetivando a defesa do patrimônio público ambiental.

Assim como o TCU vem realizando, a Corte de Contas tocantinense pode ampliar os tipos de auditorias nos seus processos de fiscalização, como, por exemplo: realizar

auditoria de orçamento ambiental, impactos ambientais, dos resultados das políticas ambientais, licenciamento ambiental etc.

Além disso, a tutela ambiental deve existir também na qualidade das leis ambientais, elaboradas pelas entidades sob sua jurisdição, não obstante o novo entendimento da Suprema Corte, de que os Tribunais de Contas não podem fazer controle difuso de constitucionalidade, Mandado de Segurança nº 35.500, é possível buscar alternativa para sua efetividade, selecionando eventuais normas municipais e estadual em descompasso com a proteção ambiental e, depois, enviar ao Ministério Público para adoção de medida jurídica adequada.

Vale destacar que vários casos originados do Estado do Tocantins, sobre o direito ambiental, já bateram às portas do Supremo Tribunal Federal (STF), como, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5312. Confira a ementa do julgado:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE DISPENSA ATIVIDADES AGROSSILVIPASTORIS DO PRÉVIO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE **PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE.** 1. A competência legislativa concorrente cria o denominado “condomínio legislativo” entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar — quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) — e da competência legislativa plena (supletiva) — quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º). 2. **A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins.** 3. O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante

intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade. 4. A dispensa de licenciamento de atividades identificadas conforme o segmento econômico, independentemente de seu potencial de degradação, e a consequente dispensa do prévio estudo de impacto ambiental (art. 225, § 1º, IV, da CF) implicam proteção deficiente ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cabendo ao Poder Público o exercício do poder de polícia ambiental visando a prevenir e mitigar potenciais danos ao equilíbrio ambiental. 5. Ação direta julgada procedente. (ADI 5312, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-026 DIVULG 08-02-2019 PUBLIC 11-02-2019) (grifo nosso).

Como relatado, no Brasil aconteceram tragédias ambientais que poderiam ser evitadas, caso a atuação do Poder Público fosse mais eficiente, como os casos dos rompimentos das barragens de Mariana, em 2015, e de Brumadinho, em 2019.

Esses casos podem acontecer novamente, inclusive, no Estado do Tocantins, porquanto existir 3 (três) barragens de rejeitos de minério semelhantes à de Brumadinho-MG, como dito alhures, que ficam localizadas nos municípios de Arraias - TO, Chapada da Natividade - TO e Taipas do Tocantins - TO57.

Cabe destacar que a atuação dos Tribunais de Contas em executar auditorias com enfoque ambiental deve ser ampliada a fim de analisar o grau de colaboração que cada agente, órgão e entidade pública estão realizando em prol do meio ambiente visando sua proteção e conservação, nos termos do que foi estabelecido pelo texto constitucional.

Ressalta-se que a simples existência de órgãos responsáveis pela gestão do meio ambiente não significa a inexistência de danos, contudo a fim de assegurar a preservação adequada deste é "imprescindível que tais órgãos tenham suas atuações acompanhadas e

57 **Tocantins tem quatro barragens em situação de risco e mais 520 sem monitoramento.** G1-Tocantins-TV Anhanguera. Palmas, Estado do Tocantins, em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/01/29/tocantins-tem-quatro-barragens-em-situacao-de-risco-e-mais-de-520-sem-monitoramento.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2021.

fiscalizadas para uma boa utilização dos meios e recursos a ele confiados, no cumprimento de suas missões institucionais" (GONÇALVES, 1997, p.24).

Como exposto, o TCE-TO tem realizado auditoria de regularidade e operacional na defesa da proteção ambiental, podendo ampliar as ações de tutela desse direito fundamental, principalmente pela riqueza do patrimônio ambiental existente no Estado do Tocantins.

5 CONTROLE SOCIAL COMO ALIADO IMPORTANTE DO CONTROLE EXTERNO

A tutela ambiental também deve ser feita pela coletividade. Assim, aliado ao controle externo pelo Poder Legislativo e Tribunal de Contas, tem-se o Controle Social, que é exercido pelo cidadão diretamente ou pela sociedade civil organizada.

O ordenamento jurídico pátrio propicia diversos instrumentos jurídicos, a exemplo da Ação Popular, Ação Civil Pública, além de facilitar, através do portal da transparência, o acesso de informações relevantes e os canais de denúncias dos órgãos públicos, por meio das ouvidorias.

Essa maior abertura para população, na busca da tutela do patrimônio público, converge com o fenômeno da constitucionalização do Direito, que é trazer os institutos jurídicos dos mais variados ramos à uma maior aproximação do direito constitucional, harmonizando-os como um todo. Em outras palavras, trata-se de um fortalecimento do controle de todo o conjunto jurídico sob o parâmetro da constituição, principalmente dos direitos fundamentais.

Assim como alinha-se ao pensamento do Constitucionalista alemão Peter Häberle, que propõe uma abertura do círculo de intérpretes da Constituição, afastando-se da ideia de uma sociedade fechada, propondo a seguinte tese:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com numerus clausus de intérpretes da Constituição" (HÄRBELE, 2002, p. 12-13).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4029, o Ministro Luiz Fux ponderou sobre interpretação aberta da Constituição:

O novo regime preza, indubitavelmente, pela abertura dos canais de participação democrática nas discussões travadas pelo Judiciário, colimando instituir aquilo que Häberle definiu como sociedade aberta de intérpretes constitucionais. Em passagem de sua obra, **o autor alemão ressalta a importância de que o debate constitucional seja realizado em meio a interlocutores plurais:**

‘A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma "sociedade fechada". Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primariamente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.

(...) A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da law in public action (...). (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997) O diploma constitucional hoje vigente é dotado de um amplo catálogo de expressões de compreensão equívoca, identificados pela doutrina como cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, que adquirem densidade normativa a partir da atividade do intérprete, o qual, inevitavelmente, se vale de suas convicções políticas e sociais para delinear a configuração dos princípios jurídicos.

Segundo Robert Alexy, o sistema jurídico é um sistema aberto em face da moral (Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. passim), precisamente pela necessidade de conferir significação a princípios abstratos como dignidade, liberdade e igualdade. Sendo assim, seria iniquamente antidemocrático afastar a participação popular desse processo de transformação do axiológico em deontológico. Nesse contexto, a manifestação da sociedade civil organizada ganha papel de destaque na jurisdição constitucional brasileira. Como o Judiciário não é composto de membros eleitos pelo sufrágio popular, sua legitimidade tem supedâneo na possibilidade de influência de que são dotados todos aqueles diretamente interessados nas suas decisões. Essa a faceta da nova democracia no Estado brasileiro, a democracia participativa, que se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais. Sobre o tema, Häberle preleciona: “‘El dominio del pueblo’ se debe apoyar en la participación y determinación de la sociedad en los derechos fundamentales, no sólo mediante elecciones públicas cada vez más transparentes y abiertas, sino a través de competencias basadas en procesos también cada vez más progresistas” (em tradução livre: “O domínio do povo deve se apoiar na participação e determinação da sociedade nos direitos fundamentais, não somente mediante eleições públicas cada vez mais transparentes e abertas, senão também através de competências baseadas em processos também cada vez mais progressistas”. HABERLE, Peter. Pluralismo y Constitución. Madrid: Tecnos, 2002, p. 137).

A interferência do povo na interpretação constitucional, traduzindo os anseios de suas camadas sociais, prolonga no tempo a vigência da Carta Magna, evitando que a insatisfação da sociedade desperte o poder constituinte de seu estado de latência e promova o rompimento da ordem estabelecida. (ADI 4029, Relator (a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012 RTJ VOL-00223-01 PP-00203)

Portanto, de acordo com esse sentido, a Constituição será aquela **interpretada por todo o povo**, ou seja, deve ser vivida e desvendada por toda a sociedade, pois somente

assim terá efetividade social. A ideia que esse sentido traz seria a de desburocratizar os elementos que envolvem a Constituição e tornar o povo o seu intérprete, uma vez que é o seu destinatário.

Vale destacar que a Constituição Federal também previu o desenvolvimento sustentável, nos termos do art. 170, IV, da CF. Transcreve-se:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

Nas lições do Professor Romeu Thomé (2020, p.56)58:

58 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 56.

Desenvolvimento sustentável, segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Commission on Environment and Development*) significa “um desenvolvimento que faz face às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras na satisfação de suas próprias necessidades”. As gerações presentes devem buscar o seu bem-estar através do crescimento econômico e social, mas sem comprometer os recursos naturais fundamentais para a qualidade de vida das gerações subsequentes.

Registre-se que dentre os objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 4º, I, Lei nº 6.938/1981), há a exigência da compatibilização entre o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente.

Alinha-se à norma precedida os princípios primeiro, quarto e quinto da Declaração da Rio 92, que estabelecem, respectivamente: “os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento Sustentável”, [...] “para se alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente em relação a ele” e

[...] “todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, devem cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.”

Pelo texto constitucional restou claro que há preocupação de integrar o crescimento econômico, preservação ambiental e a justiça social.

Por último, cabe ao poder público buscar o equilíbrio dessas variáveis e lapidar eventuais excessos, nos termos do art. 2º da Carta Política.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa revelou que a atuação do TCE-TO na defesa do patrimônio ambiental deve ser ampliada, à luz da literatura e do entendimento do TCU e da ATRICON.

O TCE-TO é um órgão respeitado pelos jurisdicionados e a sua atuação ecoa nos 139 (cento e trinta e nove) municípios tocantinenses. As decisões e orientações emanadas pela Corte referida detém alta carga pedagógica. Não há dúvida que o aumento da avaliação das políticas públicas e da fiscalização do patrimônio ambiental trará enormes benefícios para o desenvolvimento regional, tanto no aspecto da preservação do meio ambiente, quanto no econômico.

Para tanto, pode ser seguido o modelo trilhado pelo TCU, acerca dos tipos de auditorias: de orçamento ambiental, de impactos ambientais, dos resultados das políticas ambientais, da fiscalização ambiental pública, de cumprimento dos tratados internacionais, do licenciamento ambiental, dos impactos ambientais das políticas de incentivos fiscais, subsídios e financiamentos por organismos oficiais de crédito, fortalecendo os processos de fiscalização do TCE-TO.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente.

RESOLUÇÃO CONAMA nº 306, de 5 de julho de 2002. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res02/res30602.html>. Acesso em: 03 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3540**.

Relator: Min. Celson de Mello. Data do julgamento: 01.09.2005. Publicado no DJ de 03.02.2006. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2311268>. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5312**.

Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data do julgamento: 08.03.2012. Publicado no DJ de

27.06.2012. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%205312%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4029.**

Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 08.03.2012. Publicado no DJ de 27.06.2012.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%204029%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Governança Pública**: referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública e ações indutoras de **melhoria**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014b. 96p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas da União**. Aprovado pela Portaria nº. 214, de 28/06/2001. Brasília: TCU, 2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Portal do TCU na Internet. **Consulta Textual**.

Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Index.faces>.

Acesso em: 05, nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, 2014a. 91p.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Vocabulário de controle externo do Tribunal de Contas da União / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, Centro de Documentação, 2015. Disponível em:

<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25232C6DE0152>

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/742141ceda6b8f6786609d31c8ef129f>. Acesso em: 07/11/2020.;

Contas da União. Aprovado pela Portaria nº. 214, de 28/06/2001. Brasília: TCU, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração.** Sequência (Florianópolis), n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

G1. Tocantins tem quatro barragens em situação de risco e mais 520 sem monitoramento. G1-Tocantins-TV Anhanguera. Palmas, Estado do Tocantins, em 29 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/to/tocantins/noticia/2019/01/29/tocantins-tem-quatro-barragens-em-situacao-de-risco-e-mais-de-520-sem-monitoramento.ghtml>. Acesso em: 08 nov. 11.2020.

GONÇALVES, Fernando. Papel e responsabilidades do Tribunal de Contas da União na auditoria do meio ambiente. Brasília, **Revista do Tribunal de Contas da União** n. 66, p. 24-29, 1997.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional.** A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1997, reimp. 2002, p. 12-13.

INTOSAI. Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, Grupo de Trabalho de Auditoria Ambiental (WGEA). **Evolução e tendências em auditoria ambiental** / Grupo de Trabalho de Auditoria Ambiental da INTOSAI. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2009. 91 p.

LIMA, Luiz Henrique Moraes de. **O TCU e as auditorias ambientais.** In: Revista do Tribunal de Contas da União - nº 83 (abr./mar. 2000) - Brasília: TCU, 2000. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1065>. Acesso em: 30 out. 2020.

LIMA, Luiz Henrique Moraes de. **O Tribunal de Contas da União (TCU) e a gestão ambiental brasileira - experiência recente.** **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 1 a 13, jan. 2005. ISSN 1679-3951. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/4935>. Acesso em: 08 nov. 2020.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Auditoria Ambiental. In: **Revista do Tribunal de Contas da União** - nº 100 (abr./jun. 2004) - Brasília: TCU, 2004. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/revista-n-100-abr-jun-2004.htm>. Acesso em: 30 out. 2020.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

TOCANTINS. **Constituição do Estado do Tocantins**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_52832.PDF#dados. Acesso em: 03 nov. 2020.

TOCANTINS. **Lei nº 1.284, de 17 de dezembro de 2001**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Tocantins e dá outras providências. Disponível em: https://app.tce.to.gov.br/scl/app/controllers/?c=TCE_Scl_Arquivos&m=download. Acesso em: 02 nov. 2020.

TOCANTINS. **TJ-TO de demais parceiros do sistema de justiça formalizam a rede de sustentabilidade – TO Sustentável**. Tribunal de Justiça, Palmas, Estado do Tocantins, 08 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6676-tjto-e-demais-parceiros-do-sistema-de-justica-formalizam-a-rede-de-sustentabilidade-to-sustentavel>. Acesso em 08.11.2020 <http://www.tjto.jus.br/index.php/noticias/6676-tjto-e-demais-parceiros-do-sistema-de-justica-formalizam-a-rede-de-sustentabilidade-to-sustentavel>. Acesso em 08 nov. 2020.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Portal do TCE-TO. **Relatório de Auditoria Operacional nº 01/2019** (Processo nº 4804/2019). Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/e-contas/processo/DocumentosProcSite.php?numero=4804&ano=2019&scriptCase=S>. Acesso em: 08 nov. 2020.

TOCANTINS. Tribunal de Contas do Estado do Tocantins. Portal do TCE-TO. **Relatório de Auditoria de Regularidade nº 01/2015** (Processo nº 7268/2014). Disponível em: <https://www.tce.to.gov.br/e-contas/processo/DocumentosProcSite.php?numero=7268&ano=2014&scriptCase=S>. Acesso em: 08 nov. 2020.

Tribunal de Contas da União. **Vocabulário de controle externo do Tribunal de Contas da União** / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, Centro de Documentação, 2015. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25232C6DE015265358C6F16B6&inline=1>. Acesso em: 01 nov. 2020.

A (IN) APLICABILIDADE DO ARTIGO 90-A DA LEI 9.099/95 COM ÊNFASE NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

DANIEL CARVALHO RIBEIRO:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Una - Betim/MG; Servidor Público efetivo desde os 18 anos de idade; jurista; defensor dos Direitos Humanos; Área de atuação: Direito Público (Direito Constitucional / Direito Castrense / Direito Penal / Direitos Humanos).

JHONE HENRIQUE FELIPE PEREIRA⁵⁹

(coautor)

RESUMO: O Direito deve servir como instrumento para atender às demandas sociais, e não o inverso, sendo assim, como forma de atender à função precípua do Direito e à evolução histórica-social, as leis devem exalar a justiça e seu correto fundamento à Constituição Federal de 1988. Verificada a Inconstitucionalidade do Artigo 90-A da Lei 9.099/95, através de pesquisa aplicada e qualitativa na esfera do Direito Constitucional e do Direito Castrense, busca-se analisar e descrever a (in) aplicabilidade do artigo supracitado com sua devida revogação expressa do dispositivo legal, aplicada à Justiça Militar Estadual, bem como fomentar o despertar dos Poderes e da sociedade à urgente revisão na legislação militar vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Justiça Militar Estadual. Juizados Especiais. (In) aplicabilidade.

ABSTRACT: *The Law must serve as an instrument to meet social demands, and not the other way around, thus, as a way to meet the main function of Law and the historical-social evolution, laws must exude justice and its correct foundation to the Federal Constitution of 1988. Verified the Unconstitutionality of Article 90-A of Law 9,099/95, through applied and qualitative research in the sphere of Constitutional Law and Civil Law, we seek to analyze and describe the (in) applicability of the above-mentioned article with its due revocation express of the legal provision, applied to the State Military Justice, as well as to encourage the awakening of the Powers and society to the urgent revision of the military legislation in force in the Brazilian legal system.*

⁵⁹ Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito do Centro Universitário Una Betim. E-mail: jhone1707@yahoo.com.br

Keywords: *State Military Justice. Special Courts. (In) applicability.*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Análise da mensagem nº 347, de 20 de março de 1998, do poder executivo e a inclusão do art.90-A na Lei 9.099/95 pela lei 9.839/99. 3. Justiça militar federal e justiça militar estadual, âmbito das funções e competências. 4. Hierarquia e disciplina X Neoconstitucionalismo. 5. Análise axiológica da aplicação da regra trazida art. 90- a da Lei 9.099/95, e sua (in) aplicabilidade aos militares estaduais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem como objetivo analisar e descrever a (in) aplicabilidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95. Optou-se pelo uso da metodologia quanto aos meios bibliográficos e documentais. Já quanto aos fins, trata-se de uma pesquisa descritiva, do tipo qualitativa.

O artigo foi dividido em sete partes, sendo a primeira a introdução, onde é apresentado o objetivo de pesquisa e metodologia, seguindo de cinco tópicos onde são abordados temas relacionados ao referencial teórico e ao final são apresentadas as considerações finais e as referências que contribuíram para a construção da presente investigação.

2. ANÁLISE DA MENSAGEM Nº 347, DE 20 DE MARÇO DE 1998, DO PODER EXECUTIVO E A INCLUSÃO DO ART.90-A NA LEI 9.099/95 PELA LEI 9.839/99.

A referida mensagem aportou na Casa Legislativa como Projeto de lei 4.303-A de 1998, com a seguinte ementa: "*Acrescenta artigo ao texto da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, e dá outras providências*". Tal Projeto de lei foi de iniciativa do Poder Executivo, oriunda dos Ministros de Estado, Marinha, Exército, Aeronáutica, e Chefe do Estado Maior das Forças Armadas, foi encaminhada a exposição de motivos da sugestão de inclusão do texto ao dispositivo legal já vigente. Tal documento sinalizou que os "institutos despenalizadores", presentes na Lei 9.099/95, são totalmente incompatíveis com os Princípios que regem o Direito Penal Militar, pela proteção aos princípios basilares do "Direito Castrense": a hierarquia e disciplina.

A proposta de Lei Ordinária para determinar a inaplicabilidade dos dispositivos da Lei 9099/95 no âmbito da Justiça Militar foi acatada, culminando na inclusão do Art. 90- A na Lei dos Juizados Especiais, com a seguinte redação: "*Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.*".

A sugestão - que fora acatada através da Lei 9.839/99 - advinda pela Mensagem nº 347 demonstra-se objetivada aos militares das Forças Armadas, porém, assim como à época do projeto de lei e ainda desse modo permanece, os militares estaduais seguem sob

a égide do mesmo Código Penal dos militares das Forças Armadas, apesar da finalidade e seara de atuação serem totalmente distintas, como será apresentado no tópico a seguir.

3. JUSTIÇA MILITAR FEDERAL E JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL, ÂMBITO DAS FUNÇÕES E COMPETÊNCIAS

Os militares federais, cujas diretrizes são fixadas pelo Decreto nº 3.897/2001, estão abarcados pelo art. 142 CRFB/88 e são descritos por “Forças Armadas”. Note que elas são organizadas com base na hierarquia e disciplina, tem por escopo a defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem. Isso explica os artigos anteriores do Título V, que versam sobre cenários caóticos como guerras internacionais, desastres naturais, defesa da soberania e do povo brasileiro.

No tocante à segurança pública, há a atuação direta dos militares estaduais (policiais e bombeiros militares), nos termos do art. 144, V, §5º. Assim é possível considerar que a função prática exercida pelos militares estaduais – polícia ostensiva, preservação da ordem pública, execução de atividades de defesa civil – é voltada à preservação da ordem pública interna (interior do país) e da incolumidade das pessoas e de seu patrimônio. Portanto, claramente, a disparidade de natureza exercida pelos militares estaduais face aos federais enseja a diversificação também dos códigos militares, justamente por sua aplicabilidade no cotidiano.

O legislador ao criar o art. 90-A da Lei 9.099/95 proibindo a aplicação desta à Justiça Militar, não discrimina a esfera - Federal ou Estadual - o que gerou necessário debate e divergência jurisprudencial. Pois, é necessário dissociar os militares das Forças Armadas dos policiais e bombeiros militares, que são maioria em relação daqueles, logo, as realidades e propósitos das profissões são obviamente diferentes, evidenciando a urgente necessidade de criação de legislação à que se adeque proporcionalmente aos militares estaduais.

Certo que tanto as forças armadas quanto as polícias militares estaduais regem-se e se estruturam por um sistema hierárquico rígido, todavia, necessário em um Estado de Direito que a interpretação da Norma se faça de forma axiológica, o que se discute no tópico que segue.

4. HIERARQUIA E DISCIPLINA X NEOCONSTITUCIONALISMO

Referente à alegação de tutela da disciplina e hierarquia, extrai-se o trecho do Projeto de Lei 4.303-A/98 (BRASIL, 1998, pg. 13): “Direito Penal Militar [...] a um ramo da justiça concebido especificamente para sustentar aqueles fundamentos.” A hierarquia e disciplina, por si só, são objetos abstratos, cujo sentido dar-se-á apenas na aplicabilidade

ao real escopo do “Direito Castrense” – a defesa da pátria e do estado democrático de direito.

Ao se ater a conceitos abstratos, negligenciando o resultado prático dessa ação, o legislador ao acatar a atual redação do art. 90-A da Lei 9.099/95 trata o militar como um “objeto”, pois utiliza o ser humano para atingir um fim (objetivo), sendo que preservar a dignidade do ser humano deveria ser o objetivo central das normas em sociedade. Nesse ínterim, preceitua Alexy (2008), ao versar sobre Princípios e Valoração, ao defender que as decisões jurídicas se baseiem pela interpretação e aplicação axiológica da norma fundamental, o que ele define como direito subjetivo fundamental.

Pelo contrário, cita-se como sugestão de ideal a linha de raciocínio do filósofo Immanuel Kant, exposta em sua obra *“Fundamentação da metafísica dos costumes”* (KANT, 2009). Nela, o ser humano é a finalidade em si próprio, e nunca meramente como meio para se obter um resultado. Tal concepção essa que serviu de inspiração na construção do conceito que temos hoje na proteção dos direitos humanos, condição que é intrínseca a todo e qualquer ser humano, o que inclui os militares.

Ao trabalhar a ideia da Teoria dos Direitos Fundamentais, Alexy (2008), utiliza-se do princípio da liberdade jurídica - consiste na faculdade de fazer ou não fazer, o que se deseja, face a alguma norma proibitiva ou impositiva – como mensuração de quão há de liberdade, em sentido literal e axiológico, naquele ordenamento jurídico específico, de modo que, “quanto mais se ordena ou se proíbe, tanto menor é a liberdade jurídica” (2008, p.178). O mais adequado, segundo o estudioso, é que se ordene e proíba o menos possível. Entretanto, até nesse parâmetro há pontos de discussão, que carecem de consenso quanto ao grau de liberdade jurídica haverá, face a outros bens ou princípios tutelados normativamente.

A julgar pelos ensinamentos acima expostos, sob uma visão axiológica da interpretação normativa, o princípio da dignidade humana e isonomia dos quais gozam os militares estaduais não se mostram menores que o tratamento abstrato e raso fornecido a “defesa da hierarquia e disciplina”, critério até então utilizado para justificar a inaplicabilidade do Art.90-A da Lei 9.099/95 àqueles. Nesse ponto, sob o pressuposto do princípio da liberdade jurídica, o legislador foi desmedido ao realizar tal mensuração, atribuindo aos militares estaduais tratamento processual diverso e prejudicial (principalmente na esfera penal), resultado da insensibilidade ao valor axiológico da norma e de seus efeitos.

5. ANÁLISE AXIOLÓGICA DA APLICAÇÃO DA REGRA TRAZIDA ART. 90- A DA LEI 9.099/95, E SUA (IN) APLICABILIDADE AOS MILITARES ESTADUAIS

A Lei dos Juizados Especiais surgiu com o escopo de “desburocratizar a justiça brasileira”, propondo alternativas mais céleres, porém igualmente eficazes no objetivo do cumprimento das normas. Neste raciocínio o Juizado Especial Criminal visa julgar e executar as infrações de menor potencial ofensivo, que são as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, nos termos dos arts. 60 e 61 (BRASIL, 1995).

Observa-se que os institutos despenalizadores, de início, contrariam o Princípio da obrigatoriedade referente à ação penal pública, entretanto, são amparados pelo Princípio da obrigatoriedade mitigada, que alude ao neoconstitucionalismo e ao direito penal negocial (moderno), cujo enfoque é a solução do problema, e não meramente apenas a punição ao infrator. A esse entendimento assiste o Professor Luiz Flávio Gomes (1997), que considera uma verdadeira revolução - jurídica e de mentalidade - pois rompe a inflexibilidade do clássico princípio da obrigatoriedade da ação penal, cuja a preocupação central agora já não é só a decisão formal do caso, senão a busca de solução para o conflito.

Os “institutos despenalizadores” são instrumentos da esfera penal, e não há justificativas razoáveis e proporcionais para sua inaplicabilidade ao Direito Castrense. Registra-se que a regência das instituições militares é disciplinada pelo Direito Administrativo materializado pelos Estatutos e Códigos de Ética das respectivas instituições, cujo sanção administrativa é muitas vezes mais gravosa que a penal.

Inclusive, existem projetos de lei em trâmite para modificar o atual dispositivo, como o PL nº 2600/2015 e o PL nº 88/2019, que fora apensado ao PL 2600/2015

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a ótica neoconstitucionalista e do direito penal negocial, como foi exposto, a Lei 9.099/95, até por seus resultados eficazes e céleres, não compromete de modo algum os pilares da hierarquia e disciplina das instituições militares, para que se justifique a sua inaplicabilidade a Justiça Militar, em contraponto ao que versa o atual art.90-A da supracitada lei.

A hierarquia e disciplina, pilares do militarismo, mas conceitos abstratos, pensam de um lado da balança, em contrapartida, o militar – sujeito contemplado pela dignidade da pessoa humana e isonomia – no caso concreto, são de suma importância, ambos. Porém, perante uma análise axiológica e voltada à dignidade humana, não se pode omitir o legislador a reconhecer o erro ao acatar o dispositivo do art. 90-A.

Face à razoabilidade e proporcionalidade, segundo o que preceitua o Art. 2º da Lei 9.868/99, por ser justa uma interpretação axiológica da Norma, necessário se faz o Estado buscar, por meio do controle de constitucionalidade a inaplicabilidade do art. 90-A da Lei

9.099/95, demonstrada a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, o que enseja a supressão do artigo.

Como fora evidenciado, por suas naturezas e finalidades extremamente diversas, os militares federais e estaduais não devem ser regidos pelo mesmo diploma legal. Havendo tal reforma, os militares terão seus direitos constitucionais resguardados, e toda a sociedade ganhará, face à correta regulação das instituições que visam manter a ordem pública e a paz social, permitindo que o cidadão usufrua do Estado Democrático de Direito sem temores.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 14/07/2021.

_____. **Decreto nº 3.897, de 24 de agosto 2001**. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm >. Acesso em 14/07/2021.

_____. **Lei nº 9.099/95 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm >. Acesso em 14/07/2021.

_____. **Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017**. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm >. Acesso em 14/07/2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4303/1998**. Acrescenta artigo ao texto da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 14/07/2021.

_____. **Mensagem nº 347, de 20 de março de 1998, do Poder Executivo**. Disponível em: <
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1128823&filename=Dossie+- >. Acesso em 14/07/2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Suspensão Condicional do Processo Penal**. 2ª ed. rev. atua. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. De Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

ISRAEL CUNHA FERREIRA:

Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Advogado associado na Advocacia Ramos Fernandez Sociedade de Advogados.⁶⁰

SHEILA CUNHA MARTINS⁶¹

(coautora)

RESUMO: o presente trabalho tem como objetivo explorar a temática de rescisão indireta do contrato de trabalho. Tendo como cerne da pesquisa os tipos de contrato de trabalho e as hipóteses de cabimento da rescisão do contrato laboral por parte do empregado e os efeitos práticos desta modalidade de termino contratual. O trabalho foi dividido em duas partes na primeira tratou-se das modalidades de contrato de trabalho e na segunda a respeito da rescisão indireta laboral. E por fim, também buscou demonstrar o posicionamento jurisprudencial a respeito de alguns aspectos desta modalidade de rescisão contratual e suas especificidades.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Contrato de trabalho; 2.1 Tipos de contrato de trabalho; 2.1.1. Contrato por tempo determinado; 2.1.2. Contrato de trabalho temporário e Contrato de trabalho eventual; 2.1.3. Contrato de trabalho por tempo indeterminado; 3. Da rescisão indireta; 3.1. Motivos da justa causa do empregador; 3.2. Efeitos da rescisão indireta; 3.3. Ônus da prova; 4. Conclusão; 5. Referências.

⁶⁰ Mestrando em Direito Processual Civil pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Advogado associado na Advocacia Ramos Fernandez Sociedade de Advogados.

⁶¹ Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada associada na Advocacia Ramos Fernandez Sociedade de Advogados.

PALAVRAS-CHAVES: modalidade de contrato de trabalho; rescisão indireta; efeitos da rescisão; justa causa do empregador.

ABSTRACT: The present work aims to explore the issue of indirect termination of the employment contract. Having as core of the research the types of employment contract and the hypothesis of suitability of the termination of the employment contract by the employee and the practical effects of this type of contract termination. The work was divided into two major parts: the first dealt with the modalities of employment contract and the second with indirect labor termination. And finally, it also sought to demonstrate the jurisprudential position regarding some aspects of this type of contact termination and its specificities.

KEYWORDS: type of employment contract; termination indirect; termination effects; employer's just cause.

1. INTRODUÇÃO

O respeito ao trabalhador e a garantia de um ambiente sábio para o desenvolvimento do trabalho são uns dos preceitos da sociedade, principalmente após a CRFB/88, a qual em seu artigo 7º traz inúmeras garantias ao trabalhador.

No ordenamento jurídico existem alguns meios de proteção ao trabalhador e um deles é a possibilidade do empregado rescindir o contrato laboral diante de uma falta grave do empregador, tal mecanismo é denominado de rescisão indireta por justa causa do empregador. Com o objetivo de proteger o trabalhador de não se submeter a situações que possam ferir sua dignidade ao se sujeitar a continuar um contrato laboral com o receio de pedir demissão e perder as verbas rescisória, o legislador estabeleceu a rescisão indireta.

Tal instituto, como se verá mais a diante, garante ao trabalhador a possibilidade de rescindir o contrato e permanecer com o recebimento das verbas rescisórias. Neste trabalho este instituto é brevemente analisado. De início é feito uma breve análise sobre os tipos de contrato de trabalho existentes no ordenamento jurídico brasileiro e em seguida traz-se a conceituação de rescisão indireta, sendo também demonstrado algumas hipóteses de cabimento e seus efeitos práticos.

2. CONTRATO DE TRABALHO

De partida é imprescindível lembrar o instrumento que estabelece e rege a relação de trabalho entre o empregado e o empregador.

Conforme dispõe o artigo 442 da CLT: "Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego". Neste sentido, o contrato de trabalho é o meio pelo qual se estabelece uma relação entre o empregado e o empregador,

na qual o empregado oferece sua força de trabalho e em troca o empregador oferece a contraprestação.

De forma sintetizada, o contrato de trabalho pode ser conceituado como negócio jurídico por meio do qual o empregado, pessoa natural, oferece seus serviços de modo pessoal, assídua (não eventual), com subordinação, e em troca o empregado é remunerado por seus serviços (GARCIA, 2014, p. 142).

Ainda quanto ao contrato de trabalho Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2014, p. 136) acrescenta: "Pode-se entender, ainda, que, do mesmo modo que o contrato é fonte das obrigações (sendo esta uma relação ou vínculo jurídico), o contrato de trabalho é a fonte da relação de emprego, dando origem a essa relação jurídica".

E quanto a natureza jurídica, há uma preveleça doutrinária no sentido de que o vínculo estabelecido pelo contrato de trabalho tem natureza contratual, pois o contrato de trabalho se firma a partir da uma manifestação de vontade das partes, o que dará origem ao vínculo de trabalho, e ensejando sua permanência, podendo se entabulado de forma expressa ou tácita, o que possibilita também a garantia do preceito fundamental, qual seja, a liberdade de trabalho (GARCIA, 2014, p. 136).

A legislação trabalhista não estabelece os elementos do contrato de trabalho, sendo, portanto, necessário a aplicação subsidiária do Código Civil, e este determina para que se estabeleça um contrato são necessários: agentes capazes, forma prescrita ou não defesa em lei e objeto lícito (CORREIA, 2014, p. 214-215).

E tais requisitos são entendidos da seguinte forma:

Agente capaz: a capacidade do empregado para o exercício dos direitos e deveres decorrentes do contrato de trabalho está previsto no art. 7^a, XXXIII, da CF e art. 402 da CLT. No tocante ao empregador, não há especificidades, rege-se inteiramente pelo Código Civil.

Forma prescrita e não defesa em lei: para a celebração do contrato e trabalho, em regra, não há formalidade especial. Poderá ocorrer de forma escrita ou verbal, ou ainda, de forma tácita, em que evidencia apenas um comportamento entre empregado e empregador, sem que haja qualquer menção das partes ao vínculo empregatício.

Objeto lícito: somente será válido o contrato de trabalho se a prestação de serviços não envolver ilícito penal (CORREIA, 2014, p. 215).

No entanto, para a configuração da relação de emprego a CLT estabelece alguns requisitos, quais sejam: pessoalidade, subordinação, onerosidade e assiduidade/não eventualidade. Tais requisitos estão previstos no artigo 3º da CLT:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

A pessoalidade torna o contrato de emprego pessoal ao empregado, ou seja, determinada pessoa é selecionada para um trabalho em decorrência de suas características e habilidades, portanto, não cabe ao empregado escolher outra pessoa para lhe substituir no trabalho, tal decisão cabe tão somente ao empregador. Assim, é pessoal o contrato entabulado entre o empregado e o empregador, sendo este negócio jurídico intransmissível (CASSAR, 2014, n.p.).

Já assiduidade ou a não eventualidade requisito do contrato de emprego “significa a prestação de serviços ligados às atividades normais do empregador, ou seja, realizando serviços permanentemente necessários à atividade do empregador ou ao seu empreendimento” (GARCIA, 2014, p. 144).

Quanto a subordinação, conceitualmente pode-se compreender como a sujeição ou dependência ao poder de comando do empregador, sendo a subordinação de titularidade do emprego e o poder de comando pelo empregador (CARVALHO, 2014, n.p.).

O quarto requisito, qual seja, a onerosidade, nada mais do que as vantagens que ambas as partes irão receber com a relação de emprego formada com o contrato de trabalho, seja ele expresso ou tácito. O empregador irá receber os serviços e o empregado e seu pagamento devido. A todo trabalho tem uma contraprestação pecuniária ou *in natura*, não há contrato de emprego gratuito (CASSAR, 2014, n.p.).

2.1. Tipos de contrato de trabalho

Para que um empregador proceda com a contratação de um empregado ele deverá observar a necessidade de sua empresa e quais as possibilidades de contrato de trabalho a legislação brasileira permite.

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro uns dos principais contratos de trabalho são: Contrato por tempo determinado, Contrato por tempo indeterminado, Contrato de trabalho temporário e Contrato de trabalho eventual.

2.1.1 Contrato por tempo determinado

Conforme o artigo 443, §§ 1º e 2º da CLT, o contrato por tempo determinado, é o tipo de contrato de trabalho que tem seu período de existência pré-estabelecido no momento da contratação. Tal contrato não deve ter período superior a dois anos e tem cabimento somente em situações específicas.

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.

§ 2º - O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

- a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;
- b) b) de atividades empresariais de caráter transitório;
- c) c) de contrato de experiência (BRASIL, 1973).

Os contratos de emprego por tempo determinado nada mais é do que o contrato com prazo de validade determinado desde o início da vigência do contrato, geralmente estes contratos são firmados para situações específicas (MARTINEZ, 2021). "Em suma: os ajustes por tempo determinado são assim intitulados porque produziram efeitos até o advento de um termo final ou até o momento em que sejam atingidos os propósitos neles inseridos" (MARTINEZ, 2021).

Tal contrato traz algumas vantagens para o empregador como: o empregado não tem a possibilidade de obter estabilidade, em regra; não há um dever do empregador em conceder aviso prévio, em regra; também não há a obrigação de pagar a multa de 40% incidente sobre os depósitos do FGTS, em regra (CORREIA, 2014, p. 218).

Se este tipo de contrato de trabalho ultrapassar o limite de dois anos ou até mesmo se ocorrer mais de uma prorrogação, tal contrato torna-se automaticamente um contrato por tempo indeterminado (CORREIA, 2014, p. 218).

Ademais, um exemplo de contrato por tempo determinado é o contrato de experiência, e quanto a esta modalidade de contrato por tempo determinado Henrique Correia preleciona:

O contrato de experiência é hipótese de contrato por tempo determinado, previsto na CLT. Esse contrato tem por finalidade uma avaliação recíproca entre as partes envolvidas. De um lado o empregador poderá verificar as qualidades pessoais do trabalhador (eficiência, lealdade etc.). De outro, o empregado terá chance de analisar se aquele emprego corresponde às suas expectativas (meio ambiente de trabalho, condições de pagamento etc.).

O prazo desse contrato será de 90 dias, havendo possibilidade de apenas uma prorrogação, desde que respeitado os 90 dias. Desse modo, o empregado contratado por 30 dias poderá ter seu contrato de experiência prorrogado por até 60 dias. Note-se que não há obrigatoriedade de prazos iguais como: 45 + 45 dias. Se extrapolado o prazo de 90 dias, ou efetuada mais de uma prorrogação, o contrato se tornará, automaticamente por prazo indeterminado (art. 451 da CLT) (CORREIA,2014, p. 218-219).

2.1.2 Contrato de trabalho temporário e Contrato de trabalho eventual

O contrato de trabalho temporário é disciplinado pela Lei 6.019/74 e em seu artigo 9º traz as especificações quanto ao contrato de trabalho temporário. Veja-se:

Art. 9º O contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços será por escrito, ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços e conterà:

- I - qualificação das partes;
- II - motivo justificador da demanda de trabalho temporário;
- III - prazo da prestação de serviços;
- IV - valor da prestação de serviços;
- V - disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho.

§ 1º É responsabilidade da empresa contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou em local por ela designado.

§ 2º A contratante estenderá ao trabalhador da empresa de trabalho temporário o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado.

§ 3º O contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços (BRASIL, 1974).

Assim, de acordo com o disposto na legislação acima citada, o contrato entabulado entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviços dar-se-á por escrito, necessitando ser disponibilizado para as autoridades fiscalizadoras na sede da empresa que os trabalhadores temporários prestarão seus serviços (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, n.p.).

Neste tipo de contrato de trabalho também há alguns requisitos que deverão ser observados, conforme dispõe o artigo 9º, caput, I a V, supracitado, quais sejam: “qualificação das partes, motivo justificador da demanda de trabalho temporário, prazo da prestação de serviços, valor da prestação de serviços, disposições sobre a segurança e a saúde do trabalhador, independentemente do local de realização do trabalho” (BRASIL, 1974).

Quanto ao trabalho prestado no contrato temporário, é aquele realizado por um empregado contratado por uma empresa de trabalhadores temporários e os disponibiliza à outras empresas que tomarão os serviços dos trabalhadores, buscando atender as necessidades temporárias das empresas tomadoras, como substituição de pessoal ou suporte em serviços complementares, conforme dispõe o artigo 2º da Lei 6.019/74 (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, n.p.).

Veja-se:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

§ 1º É proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

§ 2º Considera-se complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal (BRASIL, 1974).

Conforme se extrai do artigo supracitado o “a adoção do trabalho temporário implica uma relação jurídica triangular porque há um intermediário (empresa de trabalho temporário) entre o trabalhador e o tomador dos seus serviços” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, n.p.).

Quanto ao prazo do contrato de trabalho temporário será o estabelecido no artigo 10º, §§ 1º e 2º da Lei 6.019/74 (BRASIL, 1974), prazo de 180 dias com possibilidade de prorrogação de até 90 dias quando a situação que deu causa ao contrato por tempo determinado ainda permanecer.

O contrato de trabalho eventual permite que o empregador contrate um empregado para um trabalho ocasional (eventual), ou seja, de acordo com a demanda do empregador, e o empregado será remunerado somente pelo período trabalhado, sendo dever do empregador também recolher todas as verbas previdenciárias e depósitos do FGTS.

Tal contrato de trabalho está previsto no artigo 443, § 3º, da CLT:

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (BRASIL, 1943).

De partida vale consignar que o trabalho eventual também é chamando de trabalho intermitente, consistindo em “jornada de trabalho com períodos alternados entre prestação de serviço e inatividade, determinados em horas, dias ou meses. A remuneração mínima para estes trabalhadores será o valor dia ou hora do salário mínimo (com variação do horário noturno)” (SOUZA; RAMOS; AGUIAR, 2017, n.p.), conforme dispõe o artigo 452-A da CLT.

Para ocorrer a contratação para um trabalho eventual o empregador deverá seguir o disposto no artigo 452-A da CLT, ou seja, deverá entrar em contato com o empregado, convoca-lo para o trabalho e dando-lhe as informações sobre a jornada de trabalho com três dias de antecedência. Já o empregado deverá responder a convocação no prazo de 24 horas, se não responder considerará que o trabalho foi recusado e a recusa não configura insubordinação.

2.1.3 Contrato de trabalho por tempo indeterminado

De início vale consignar que os contratos de trabalho que não forem firmados nos dos contratos mencionados anteriormente serão contrato de trabalho por tempo indeterminado, pois o contrato de trabalho é, via de regra, por tempo indeterminado, baseando-se no princípio da continuidade da relação empregatícia, e este determina que não há data certa para o termino do contrato de trabalho. Em caráter excepcional, nas situações já citadas é que o contrato de trabalho terá prazo determinado para seu termino, conforme artigo 443, da CLT (CORREIA, 2014, p. 218).

Ademais:

Os contratos de emprego por tempo indeterminado constituem a regra das modalidades contratuais quanto ao tempo de duração. Anote-se que a indeterminação não sugere, nem de longe, a ideia de perpetuação. Os contratos por tempo indeterminado apenas não têm termo certo, mas podem findar a qualquer instante por iniciativa de um dos sujeitos, desde que prestado o aviso prévio nos termos na lei e indenizados os prejuízos decorrentes da rescisão unilateral (MARTINEZ, 2021).

Este contrato assim como os demais, poderá ser expresso ou tácito, verbal ou escrito, decorrendo da manifestação de vontade das partes envolvidas, sendo também considerado um contrato típico de trabalho, o qual permite maiores possibilidades de prosperidade, da empresa e da dignidade do empregado (SILVA, 2018, p. 291).

3. DA RESCISÃO INDIRETA

Quando o contrato de trabalho está impossibilitado de se manter ele é encerrado através da rescisão contratual, a qual tem algumas espécies que vão atender a cada motivo que leva ao termino do contrato de trabalho, e a rescisão indireta é uma dessas espécies que estabelece o fim da relação de emprego.

A rescisão indireta, também chamada de rescisão por justa causa inversa, é o termino do contrato de trabalho por iniciativa do empregado diante de uma falta grave do

empregador para com o empregado, tornado impossível a manutenção do contrato de trabalho.

Assim, “ a dispensa indireta pode ser conceituada como a modalidade de terminação do contrato de trabalho, por deliberação do empregado, mas decorrente de justa causa praticada pelo empregador” (GARCIA, 2014, p.683).

Neste sentido Gustavo Felipe Barbosa Garcia traz outros comentários, veja-se:

A dispensa indireta se configura por deliberação do empregado, mas ela ocorre em razão de justa causa praticada pelo empregador, tornando inviável ou indesejada a continuidade do vínculo de emprego.

Assim, trata-se da hipótese inversa à dispensa com justa causa: enquanto nesta modalidade de terminação do contrato de trabalho a falta grave é praticada pelo empregado, na dispensa indireta a falta grave é praticada pelo empregador. Enquanto na dispensa com justa causa quem decide pôr fim ao contrato de trabalho é o empregador, na rescisão indireta tal deliberação é tomada pelo empregado (2014, p. 682).

Vale ressaltar que a rescisão indireta não se confunde com a demissão, tendo em vista que na rescisão indireta há o termino da relação empregatícia em decorrência da falta que o empregador cometeu (GARCIA, 2014, p. 683).

E segundo Homero Batista Mateus da Silva (2018, p. 363) ao tecer comentários ao artigo 483 da CLT, atenção singular deve-se direcionar ao analisar a rescisão indireta, pois costumeiramente o empregado é mais paciente com as faltas do empregador do que este é com as do empregado, por ser hierarquicamente inferior, deste modo tem situações que o emprego suporta atrasos salariais, pois se ver sem saída, e ao aturar tais atrasos não se pode considerar que o empregado, por falta de imediatidade deu perdão tácito ao empregador diante de sua falta. E a rescisão indireta se presta a este tipo de situação, por exemplo.

Esta modalidade de rescisão contratual está prevista no artigo 483 da CLT, o qual traz as possibilidades de aplicação da rescisão indireta.

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 (BRASIL, 1943).

É importante frisar que na rescisão indireta, o empregado deve informar ao empregador da sua decisão de encerrar o contrato laboral, para distanciar-se de possível entendimento que a ausência no trabalho é abandono laboral. Apesar disso, muito raramente o empregador irá concordar a alegação do empregado de que o contrato de trabalho cessará por falta do empregador, por isso, geralmente o empregado tem que ajuizar uma ação trabalhista com pedido de reconhecimento da rescisão indireta e a condenação das verbas aplicáveis (GARCIA, 2014, p. 682).

3.1 Motivos da justa causa do empregador

Caberá a rescisão indireta sempre que o empregador incorrer nas hipóteses previstas nas alíneas "a" a "g", do artigo 483, da CLT.

A exigência de serviços superiores às forças do empregado é uma hipótese de cabimento de rescisão indireta, compreendido quando o empregador impõe ao

empregado a realização de uma atividade que requer forças maiores que a sua, tal esforço pode ser tanto físico como mental. Bem como a exigência de execução de atividades proibidas por lei, serviços contrários aos bons costumes e alheios ao contrato também dão ensejo à rescisão indireta, conforme a legislação trabalhista e o disposto no artigo 7º, inciso XXXIII, da CRFB/1988 (GARCIA, 2014, p. 685).

Outro motivo que dá ensejo à aplicação da rescisão indireta é o tratamento com rigor excessivo que o empregador dá ao empregado, por vezes, o rigor é aplicado para forçar o empregado a pedir demissão, ou até mesmo pelo desejo de humilhar o empregado. Na sequência o legislador também estabeleceu que se o empregado for submetido à circunstância de manifesto perigo e lhe ocorrer mal considerável à sua saúde e sendo as normas de segurança desrespeitadas, também caberá rescisão contratual indireta (SILVA, 2018, p. 364).

O não cumprimento do estabelecido no contrato de trabalho por parte do empregador é um dos principais motivos para aplicação da rescisão indireta. Quanto a esta possibilidade de rescisão indireta tem-se na boa doutrina o seguinte comentário:

Apesar da redação genérica, este é o item mais utilizado pelos empregados porque alcança tanto o atraso no pagamento dos salários e de férias até o desrespeito à negociação coletiva; a jurisprudência tem sido cautelosa, todavia, quanto aos pedidos de rescisão indireta calcados unicamente no atraso nos depósitos do fundo de garantia, porque, no particular, embora seja um descumprimento contratual, o empregado não sofre prejuízos reais e imediatos, salvo se justamente naquele mês ele pretende fazer saque para projetos habitacionais ou por outros motivos que a legislação o autoriza sacar depósitos na constância do contrato de trabalho (SILVA, 2018, p. 364).

A alínea “e” do artigo 483, da CLT, também estabelece que contra os atos lesivos contra a honra e a boa fama do empregado caberá rescisão indireta, sendo lesiva à honra ou à boa fama o ato do empregador que desrespeitar os direitos da personalidade, ligados à imagem e à moral, e neste ponto vale destacar que não só o ato lesivo à honra e à imagem do empregado, mas também de sua família (GARCIA, 2014, p. 689).

E finalizando as possibilidades de cabimento de rescisão indireta previstas na legislação trabalhista tem-se a alínea “f”, do artigo 483, da CLT, tem-se falta grave patronal, quando este ofende fisicamente o empregado, não se aplicado a situação de legítima defesa própria ou de outrem. E haverá o término do contrato de trabalho indiretamente quando o empregador reduzir consideravelmente o trabalho do empregado afim de

reduzir-lhe o salário, restando o salário em um valor muito inferior daquele estabelecido no momento da contratação (GARCIA, 2014, p. 691).

Ademais, considera-se que as hipóteses de cabimento da rescisão indireta do 483, da CLT, são taxativas, portanto, somente nas situações elencadas haverá o cabimento de rescisão indireta.

3.2 Efeitos da dispensa indireta

Quando ocorre a rescisão indireta o empregado tem o direito de receber todas as verbas rescisórias que receberia em caso de dispensa sem justa causa, ou seja: aviso prévio (artigo 487, § 4º, da CLT); saldo de salário referentes aos dias trabalhados; as férias vencidas e proporcionais com 1/3; décimo terceiro salário vencido e proporcional; indenização de 40% do FGTS; anotação na CTPS; levantamento dos depósitos do FGTS; e as guias de levantamento do seguro-desemprego.

3.3 Ônus da prova

Na ação trabalhista com pedido de reconhecimento da rescisão indireta, quanto a este pedido, cabe ao reclamante o ônus de provar o alegado, conforme dispõe o artigo 818, da CLT, cc com o artigo 333, do CPC, o qual é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho.

Ou seja:

Na rescisão indireta, também chamada de despedimento indireto, ocorre a extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregado, que tem o ônus de provar a justa causa perpetrada pelo empregador (CLT, art. 483). Nesse caso, se o empregado de desincumbir do referido ônus, terá os mesmos direitos como se a extinção fosse por iniciativa do empregador sem justa causa, inclusive fazendo jus ao aviso prévio (CLT, art. 487, § 4º) (LEITE, 2021).

No entanto em caso de rescisão indireta por irregularidade nos depósitos do FGTS, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho entende que cabe ao empregador comprovar robustamente que realizou os depósitos com a regularidade exigida. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014. RESCISÃO INDIRETA. IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS. ÔNUS DA PROVA. Demonstrada a divergência jurisprudencial, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. RESCISÃO INDIRETA.

IRREGULARIDADE NO RECOLHIMENTO DO FGTS. **ÔNUS DA PROVA. É pacífico no âmbito desta Corte o entendimento de que é do Empregador o ônus de comprovar os corretos depósitos do FGTS.** O atraso no pagamento e/ou a falta de regularidade no recolhimento dos depósitos do FGTS, por parte do empregador, constitui motivo suficiente para dar ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, d, da CLT. Precedentes. Nesse contexto, considerando que os Reclamados não se desincumbiram do ônus probatório que lhes incumbia, devidas são as verbas decorrentes da rescisão indireta na forma pleiteada na inicial. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST - RR: 1601920145040383, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 22/02/2017, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/03/2017) (BRASIL, 2017).

4. CONCLUSÃO

Diante do todo demonstrado, averiguou-se que o instituto da rescisão indireta é o meio pelo qual o empregado irá manifestar seu direito de não continuar em um contrato de trabalho no qual seus direitos ou sua dignidade não estão sendo respeitados.

Observou-se que a possibilidade da rescisão indireta trazida pelo legislador trabalhista, trouxe ao hipossuficiente da relação empregatícia, uma forma de encorajamento à não submissão à uma relação de emprego na qual o empregador cometa abusos, faltas graves, afrontando a dignidade dos trabalhadores.

À vista disto, o instituto da rescisão indireta é um importante instrumento para a proteção do trabalhador e seus direitos, a dando ao empregado a possibilidade de ter a iniciativa de dar fim ao contrato de trabalho diante de uma falta grave do empregador e receber todas as verbas rescisórias cabível em demissão sem justa causa.

5. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Maria Gabriela de; RAMOS, Karine Dalmas; SOUZA, Aarão Miranda da Silva Barbosa de. **O Trabalho intermitente na reforma trabalhista e suas particularidades.** Revista Jus Navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5647, 17 dez. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/62325/o-trabalho-intermitente-na-reforma-trabalhista-e-suas-particularidades?fbclid=IwAR1BmKyYYWx3Ql65ZKD968Dart6eIjhwxnI-dZS87VXPGR3T-fgSzIPZXRw>>. Acesso em 28 de nov.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de nov. 2021.

_____. **Lei 6.019**, de 3 de janeiro de 1974. Brasília, 3 de jan. 1974. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 28 de nov.2021.

_____. **Decreto-Lei 5.452**, de 1º de maio de 1943. Brasília, 1º maio. 1943. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 28 de nov.2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **RR n. 1601920145040383**. Disponível em:
<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/435844012/recurso-de-revista-rr-1601920145040383/inteiro-teor-435844031>>. Acesso em 28 de nov.2021.

CARVALHO, Augusto Cesar Leite. **Direito do Trabalho**. ver. e atual. – São Paulo: LTr, 2014.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9.ed. ver. e atual. – São Paulo: Método, 2014.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O trabalho temporário, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/2017**. set. 2017. Disponível em:
<<http://genjuridico.com.br/2017/09/25/trabalho-temporario-reforma-trabalhista/?fbclid=IwAR0sfrsUJuT4bGbvMRJtPoWB3uv5uUY5CbSYdGCGJzQNGiXpctz1aVptCcA>>. Acesso em 28 de nov.2021.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho: para os concursos de analista do TRT e MPU**. 5.ed. ver., atual. e ampl. - Salvador: Juspodivm, 2014.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 8.ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book (não paginado). Disponível em:
<<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759391>>. Acesso em 28 de nov. 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book (não paginado). Disponível em:
<<https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:759511>>. Acesso em 28 de nov. 2021.

SILVA, Homero Batista Mateus. **CLT Comentada**. 2.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SOCIEDADE FAKE: A ÉTICA DO REAL E OS DESAFIOS DO MUNDO DIGITAL

DIOGO LUIZ TEIXEIRA DOS SANTOS:

Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Pós-graduando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV Rio). Bacharel em Turismo pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado.

RESUMO: Ainda que a manipulação na política não seja algo inédito, as possibilidades trazidas pelo advento da Internet modificaram radicalmente o seu panorama. Fake News, pós-verdade e desinformação tornaram-se conceitos corriqueiros, bem como de enorme impacto na atuação político-jurídica. Com isso, pretende-se fazer um paralelo entre o conceito histórico de ética e a iminência de novas relações interpessoais derivadas precisamente desta massificação informacional abrupta e recente. Pretende-se, sobretudo, ainda que de forma incipiente e simples, compreender se o atual molde político-jurídico-social é compatível com as novas realidades que, conforme as esferas real e virtual, se imiscuem de forma mais visceral à realidade.

Palavras-chave: Ética. Redes sociais. Fake news. Desinformação. Pós-verdade.

ABSTRACT: Although politics manipulation is not something new, the possibilities brought by the creation of the Internet has changed drastically its scenarios. Fake news, post-truth and disinformation have become usual concepts, as well as of huge impact in political-legal agency. Thereby, the intention is to draw a parallel between the historical concept of ethics and the imminence of new interpersonal relations derived from the same abrupt and recent informational massification. Mainly, it is intended to, in an inceptive or simple way, understand if the current political-legal-social mold is compatible with the new realities as the real and virtual domains get involved in a more visceral way into reality.

Keywords: Ethics. Social media. Fake news. Misinformation. Post-truth.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Era da desinformação – 2.1 Onda sísmica – 2.2 Onda tecnológica – 2.2.1 Pós-verdade – 2.2.2 Pós-ética e a construção da ética – 2.2.3 Pós-ética e a desconstrução da ética – 2.2.4 Fake News – 2.2.5 Uma característica brasileira: o uso do WhatsApp – 2.2.6 Uma característica contemporânea: a manipulação feita por robôs – 2.3 Onda política – 3. Considerações finais – 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende fazer um sucinto apanhado de alguns conceitos correlatos às novas formas de comunicação que se apresentam atualmente e se desenvolvem à revelia da sociedade, ao menos no que diz respeito às suas consequências mais impactantes. Fake News (mencionadas no texto como “notícias falsas”), pós-verdade e pós-ética são concepções as quais nos remetem à modernidade, e esta nos leva a uma nova forma de encarar a realidade, sob olhares constantes, polarização ideológica, pré-julgamentos instantâneos - fatos que fizeram surgir novos agentes no jogo político, inclusive - e telas de aparelhos eletrônicos demasiadas, o que nos introduz a uma espécie de era da (des)informação massificada.

O objetivo é debruçar-se sobre tais fenômenos tão novos, contudo decisivos na dinâmica de poder dentro da ainda recente, frágil e aspirante democracia brasileira. Destaque-se que a simples observação à realidade político-jurídica nacional justifica a contribuição acadêmica sobre o tema, que certamente passou e passará a sofrer análises mais aproximadas e críticas da comunidade científica.

A metodologia no trabalho é a pesquisa bibliográfica, partindo da análise de conteúdo técnico que conceitue e esclareça os temas, bem como de notícias correlatas aos temas que contextualizem a discussão. O método de pesquisa é a descritiva

2 ERA DA DESINFORMAÇÃO

2.1 Onda sísmica

No ano de 2011, Sendai, uma cidade de médio porte situada à costa Nordeste do Japão, há algumas horas de carro da capital, Tóquio, foi abalada por um profundo evento geológico. O local habitado secularmente e com uma história rica e diversificada foi atingido por um tsunami com magnitude de 8,9 na escala Richter, que devastou em poucas horas uma região povoada e extensa, deixando algo próximo de 100.000 desabrigados e 16.000 vítimas fatais. Até hoje, as imagens causadas pela destruição continuam impressionando e os estragos, igualmente, sendo percebidos (ISTOÉ, 2018).

Não se pretende tratar sobre oceanografia, geologia ou qualquer disciplina que possa se interessar pelas causas e consequências geofísicas do evento. Contudo, o que foi brevemente descrito serve como analogia ao assunto que se pretende introduzir.

Como informa o professor Manuel Castells em seu trabalho Ruptura (2018), a democracia liberal, inserida no contexto de neoliberalismo reaganiano-thatcherista proveniente dos anos 1970 e 1980 enfrenta, nos últimos anos, a sua pior fase. Uma grande onda de convulsões sociais, diretamente relacionadas a crises políticas, por sua vez atrelada a uma crise econômica sistêmica sem precedentes a qual expôs, simbolicamente, o fim de

um ciclo da tal política neoliberal supradestacada. O desemprego, a precarização do trabalho e a diacronia entre o custo e o benefício do sistema político foram o desfecho de um arrocho orçamentário por parte significativa dos países, em especial os ocidentais. Da precarização surge a indignação, e da indignação advém a deslegitimação (CASTELLS, 2018, p. 12). É a deslegitimação subjetiva do modelo, i.e., a descrença na percepção dos cidadãos, que proporciona o espaço necessário para a ampla manipulação dos discursos, potencializada pelas transformações do setor de comunicação.

Não apenas ondas sociais, políticas e econômicas atingem o Brasil. Há também uma profunda transformação tecnológica modificando hábitos e práticas da comunidade brasileira. É bem verdade que tais mudanças vêm alterando drasticamente as formas de falar, ouvir, ler e se comunicar em diversos locais do mundo. Contudo, características peculiares parecem fazer dos acontecimentos no Brasil algo impressionante. Os hábitos mudaram, os comportamentos também. Modificou-se a forma de fazer política, e quando esta muda, todo o movimento social subsequente tende a ser influenciado.

2.2 Onda tecnológica

O percurso histórico da humanidade é marcado pela constante inovação tecnológica. Entendida a tecnologia como a reprodução no tempo do aprendizado técnico-científico, i.e., do conhecimento, ela foi e é a pedra de toque para que o Homem pudesse e ainda possa se posicionar topograficamente no cume do vasto arcabouço animal do planeta. Entretanto, esta atual onda tecnológica vivenciada – de forma mais perceptível – desde o início dos anos 2000 possui uma característica notável: dá ao homem médio a possibilidade de se posicionar como elemento magno na produção de conteúdo, bem como alimentar, com considerável autonomia, o seu manjar informativo.

Em paralelo à realidade física, a esfera digital parece-nos cada vez mais tátil. Hoje, ao imergi-la, significa, ao menos aparentemente, estarmos conectados, interligados e cientes de todo tipo de informação que é disponibilizada na grande rede. Essa pluralidade de canais informativos, disponibilidade de fontes e diversidade de conteúdo parece ser sintoma do que se convencionou chamar “Era da Informação”. Jamil e Neves (2000) assinalam que o surgimento de novas ferramentas, equipamentos, capacitações e especializações impulsionam a criação de uma realidade distinta, passando a ação humana ser influenciada por tal realidade diretamente e objetivamente. Talvez dentre as principais características pertencentes à transformação supracitada estejam a personalização e o imediatismo: personalização constitui individualizar a experiência de acordo com os interesses subjetivos, o que vai de encontro à ideia de massificação do consumo. Na relação que se forma entre utente e negociante, esse passa a nortear a dinâmica produtiva; imediatismo é tema corolário da personalização, pois a maior influência do consumidor nas relações de consumo torna-o mais autônomo quanto ao ato de consumir, o que significa o mais célere possível em geral.

Essa era ou fase, assim chamada de informação ou informacional, é fruto de inovações tecnológicas constantes decorrentes de um processo o qual Castells (2002, p. 570) denominou “capitalismo informacional”. Esse conceito, de suma relevância para o direito, postou-se em relação às crises político-econômicas da década de 1970 e remodelou a relação capital-trabalho no final do século XX, objetivando, especialmente, maximizar o lucro na lógica trabalho/capital; aumentar a produtividade nas relações de trabalho; globalizar e ramificar a produção em escala global, isto em busca de redução de custos operacionais, trabalhistas e regulamentários; e direcionar o apoio dos Estados para a manutenção da produção em âmbito nacional em detrimento da proteção social e das regras de interesse público. Estas modificações, ainda que drásticas sob a ótica trabalhista e social, em especial nos países subdesenvolvidos, aceleraram o processo de remodelação do sistema capitalista, desenvolvendo formulações modernas como “sociedade em rede”, sendo essas de suma importância no processo de disseminação de informação.

2.2.1 Pós-verdade

É possível atestar que a pós-verdade é um conceito relativamente recente, difundido, em especial, pelas eleições estadunidenses de 2016 e pelo plebiscito (o qual ficou conhecido como Brexit) realizado acerca da saída do Reino Unido do bloco macronacional formado por grande parte dos países europeus, a União Europeia. Castells (2018) aponta como causa em ambos os casos, ou seja, um elemento de gênese comum, o afastamento gradual entre o discurso das elites e a compreensão fática dos indivíduos ordinários — vulnerabilizados pelas práticas das elites —, sendo entendidos como tais aqueles cuja realidade foi drasticamente alterada pela globalização. Estes indivíduos, absortos no dia a dia e desprevenidos das transformações macroeconômicas pelas quais o mundo passava, foram atraídos pelos discursos de empoderamento do ego, havendo certa confusão de revolta e medo. O medo que a mudança tanto faz insuflar no ser humano, portanto, foi um sentimento comum das massas insurgentes. Não podendo lutar sós contra o elitismo transnacional, a precarização dos vínculos empregatícios, o deslocamento dos postos de trabalho e as velozes mudanças tecnológicas, voltaram-se ao núcleo cultural duro, ao ideal de nação. O patriarcalismo cultural, o orgulho de raça e o conservadorismo religioso – este mais notável no caso dos EUA –; o repúdio à ideia de comunitarismo supranacional e o gradativo exaurimento da oferta de empregos locais ou regionais – este mais no caso do Reino Unido –, mas ambos os casos influenciados pela radicalização xenofóbica e por bilionárias e copiosas campanhas de desinformação, foram os principais fundamentos da negação ao estranho e do reforço à tradição. Nesse contexto, o sentido de pós-verdade estudado atualmente forma as suas bases e modifica a política global.

Para Dunker et al. (2017), a pós-verdade surge como uma afirmação carregada de subjetividade, ainda que despida do sujeito em si. Isto significa dizer que o sujeito não está na mensagem, todavia a mensagem está no sujeito, na medida em que este se apodera do

discurso, aparentemente vazio, passando a preenchê-lo com os seus próprios preceitos que, muito embora não necessariamente correlacionados diretamente ao tema ou à imagem em questão, formam uma noção do real. Agora, irrelevante a verdade real, já que a verdade pessoal passou, dentro do sujeito, a substituí-la. A partir do momento que a informação passa a residir no seu íntimo, sintonizando-se com as suas crenças morais, sociais, culturais e políticas, o êxito do emissor da mensagem foi logrado. Aquela informação passa a acompanhar o sujeito em todos os lugares, pois nada pode ser tão prazeroso como a conciliação entre os seres físico e intelectual.

A ideia de pós-verdade interage com dois conceitos de fundo psicológico, os quais acabam por marcar, de certo modo, fração da personalidade do ser humano hodiernamente: a afetividade e o narcisismo.

Em sua concepção moderna, a afetividade considera que o Homem carrega em si certa dose de sentimentalidade decorrente da modificação social a qual se submeteu. As ideias de família e ambiente privado de relacionamento afastam-no da convivência puramente coletiva, dando novo sentido à percepção que possui de si. Conforme assinalam Gadea e Leite

(...) a família conjugal, hoje considerada local peculiar da afetividade e cuja centralidade está no casal, é um fenômeno típico da modernidade. Ela surge para responder às necessidades afetivas e sociais dos indivíduos como sujeitos, suprimindo as exigências e as expectativas que, anteriormente, eram prerrogativas do Estado, ou mais usualmente da comunidade de uma maneira geral. Ela termina por adquirir um papel demasiadamente importante em relação à sociabilidade e, simultaneamente, a comunidade local acaba por restringir-se. (GADEA; LEITE, 2016, p. 56, grifos nossos)

Desta forma, nota-se como a subjetividade pode se desenvolver com esse processo, já que a mudança cultural terá influência decisiva na formação psicológica e na prática comportamental do indivíduo.

Noutro diapasão, o narcisismo representaria o deleite no “autoamor” e a busca pelo prazer próprio, ainda que a pulsão venha de objeto diferente de si. Freud (2010), em seus estudos sobre a origem da libido, identifica um fenômeno denominado “libido objetal”, cuja essência encontra vivenda em pessoas e coisas externas, em terceiros. É a tradução desta específica forma de libido, no ato de internalização do prazer, que originaria o narcisismo.

Afetividade e narcisismo manifestam-se de forma explícita no fenômeno pós-verdade, pois a subjetividade necessária à aferição de credibilidade à mensagem relaciona-

se diretamente com a ideia do “ser egoico”, de forma a produzir um resultado concreto, suficiente autônomo à realidade e sendo capaz de sustentar-se, portanto, tendo como base os afetos e estando, desta forma, distante dos fatos. São as crenças pessoais e a emotividade que caracterizam a pós-verdade.

2.2.2 Pós-ética e a construção da ética

O conceito de ética, quando inserido na realidade da pós-verdade, afasta-se sobremaneira do significado dado ao termo por alguns dos principais pensadores que percorreram o tema ao longo dos séculos.

Para Platão, filósofo grego considerado o criador do gênero filosófico e talvez o pensador mais lido na história do Ocidente, a ética pautava-se na virtude. Para ele, o homem deveria moderar a sua fração existencial responsável pela reprodução e cujas características eram o impulso e o apetite desmedidos. Esta parte mortal do ser submeter-se-ia à sua parte imortal, à parte racional. Ademais, esta fração racional da alma também deveria conter a outra fração irracional, colérica e destemperada, responsável pela autossobrevivência. Alcançadas a *sophrosyne* (moderação) e a *phrónesis* (prudência), a *psykhé* (alma) lograria cumprir a sua ética – a vida em virtude.

Discípulo de Platão, o macedônio Aristóteles tinha outra visão da ideia de ética. De acordo com Chauí (2002, p. 440), Aristóteles foi o primeiro a dar à ética uma substância prática, aproximando-a da ação do Homem. Afasta-se, portanto, do pensamento de seu mentor, pois Platão dava contornos idealistas ao estudo da ética, similarmente aos da metafísica e da filosofia natural. Desce a ética, portanto, de seu pedestal contemplativo e passa a interagir diretamente com a práxis humana. O que caracteriza, todavia, a ética peripatética é a ideia de viver bem. Como o próprio filósofo explicita, “Toda arte e toda investigação, e semelhante toda ação e toda escolha parecem tender a um bem qualquer; por isso, corretamente declararam que todas as coisas tendem ao bem” (ARISTÓTELES, 2015, p. 17). Neste contexto, a racionalidade é a alma humana em sua potência máxima; a felicidade é a vida plena vivida de forma virtuosa e racional. Ética, finalmente, é portar um agir que coadune com a felicidade plena, bem supremo para Aristóteles, alcançada pelo exercício ininterrupto da racionalidade, sempre alcançável, porém jamais certa, pois que subjetiva.

Outro pensador de grande relevância no estudo da ética foi Immanuel Kant. No contexto da filosofia moderna, seu pensamento convergia com algumas das mais respeitadas linhas de estudo filosófico, como o racionalismo — clássico e moderno —, o empirismo e a ciência matemática moderna. Alfred North Whitehead, respeitado filósofo britânico, disse certa vez que “toda a filosofia ocidental poderia ser bem exposta como nota de rodapé à obra platônica” (GHIRALDELLI, 2018, p. 57). Exagerada ou não, a afirmativa guarda certa coerência, pois a releitura de Platão é observada em praticamente

todos os grandes pensadores, inclusive em Kant. Contudo, o filósofo prussiano torna-se conhecido por criar uma alternativa às duas correntes de pensamento dominantes em sua época: o racionalismo e o empirismo. Para tanto, o conceito de idealismo transcendental é de grande valor, pois as aproxima. Seguindo tal raciocínio, Silveira (2002) diz que experiência e razão são interdependentes, pois o conteúdo condicionante ao saber é inato ou a priori, mas somente se transforma em saber propriamente dito quando experimentado. Desta forma, não seria possível conhecer a realidade ou a coisa em si, mas sim interpretá-la de acordo com o conteúdo da mente.

Seguindo tal linha, a ética kantiana apoia-se em bases principiológicas irrefutáveis e inabaláveis, que o pensador denominou "imperativos hipotéticos e categóricos". Conforme próprio autor

(...) Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objetivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. (KANT, 2007, p. 50)

Seguindo o entendimento de preceito fundamental, Kant acreditava ser o comportamento ético somente possível pelo acatamento irrestrito do imperativo categórico. Esse conceito foi importante para o direito, pois introduziu a ideia de submissão da vontade humana ao império da lei. Para Kant (2007), lei é a sublimação da vontade coletiva, porquanto ancorada nos imperativos categóricos; liberdade decorre da noção de autonomia, sendo esta fruto da vontade individual. A liberdade do indivíduo, pautada nas regras absolutas de moral, limitar-se-ia à lei, que, em verdade, apenas traria ao coletivo uma regra de comportamento assimilada como justa por cada um. Torna-se o Homem o legislador universal e a lei o espaço de pleno exercício da vontade, pois oriunda dele próprio. Somente seguindo a lei o Homem pode ser livre, pois teria a garantia do respeito da vontade alheia de suprimir a sua própria.

2.2.3 Pós-ética e a desconstrução da ética

Hodiernamente, e em consequência da consagração da pós-verdade, outras imagens ganharam demasiada força no meio jornalístico e acadêmico. Sistemas morais à parte, os conceitos de pós-ética e a autoverdade remetem à gravidade do tema, em especial se considerada a composição orgânica das recentes ocorrências políticas, a algumas delas citadas neste trabalho.

O conceito de pós-ética surge como corolário da pós-verdade, isto porque o jogo de palavras pré-fabricadas e ilações pré-conceituadas exige certo porte moral divergente ao esperado quando observado o que se entende como ética. Se a ética é fazer o certo, pessoal e coletivamente, a pós-ética consagra o egotismo, sendo o agir em si e para si, ignorando as consequências de seus atos. Bem ilustrando a definição, o ocupante da Cadeira nº 32 da Academia Brasileira de Letras (ABL), Zuenir Ventura (2017), comentou

(...) Em tempos de pós-verdade, em que os fatos valem menos do que as crenças, Donald Trump parece ter descoberto um conceito equivalente, que passou a utilizar: a pós-ética. É um sistema com um código moral próprio, em que prevalecem a inconveniência, a incorreção, o desvio como norma e a exceção como regra. (VENTURA, 2017, p. de Internet)

Entendida a ética como a análise crítica da moral, não há possibilidade de ação moral em um ambiente de prevalência da pós-ética, pois a premissa vicia a conclusão necessariamente. Todo julgamento será falho à luz da pós-ética; toda moral será posta em cheque em um ambiente líquido, onde nada mais é fidedigno ou razoável.

Não se pode afastar a possibilidade de a crise de legitimidade política a qual se referiu seja um reflexo de certa crise de valores éticos, pois quando a política se esvazia, a ética costuma sair do debate público. Se a pós-verdade se apropria da verdade utilizando-se de subterfúgios de alta carga subjetiva, a pós-ética eiva a ética com uma absoluta intransparência de racionalidade, isto é, torna-se "(...) evidente que a era da pós-verdade é época em que nenhuma ética é mais possível" (DUNKER et al., 2017, posição 1198).

De mais a mais, o conceito de autoverdade diz respeito à livre proclamação de frases, colocando-as em superior status hierárquico se comparadas ao conteúdo. O ato de dizer o que se pensa torna-se mais relevante do que a razão ou a reflexão ao dizer. Personalismo, se possível for definir em uma palavra, é o valor supremo na autoverdade. Eliane Brum, em seu artigo na coluna política do jornal El País (2018), menciona que a pós-verdade diverge da autoverdade no momento que a segunda importa-se apenas com o dizer, independentemente do valor do que foi dito. Para existir, a pós-verdade deve modificar a realidade, o que já não é obrigatório para a autoverdade. Bastando o dizer, qualquer um pode fazê-lo a qualquer preço.

Concluindo, é interessante notar que o caráter personalista da autoverdade não diz respeito somente à ausência de autenticidade no que se diz. Mais importante, talvez, seja o fato de a mensagem estar diretamente atrelada ao emissor da mensagem e à sua reputação. Portanto, o simples fato de uma figura apelativa ser tal emissor poderia expandir sobremaneira a ideia do seu conteúdo, independentemente da fonte real ou do meio. Este fenômeno reverbera com muita força nas redes sociais e no ambiente virtual, onde os filtros

de qualidade são mínimos e quando a afirmação mostra-se forte o bastante para furar a bolha a qual reside e interagir também com a realidade de fora dela.

2.2.4 Fake News

No período grego clássico, alguns pensadores já se rebelavam contra aqueles cuja atividade precípua era dar à forma ares de supremacia na área do conhecimento. Talvez o mais conhecido deles seja Sócrates, filósofo/eu lírico de diversos diálogos do filósofo grego Platão. Em um dos mais conhecidos e importantes, "A República", Sócrates faz severas críticas aos sofistas, já que para ele os seus ensinamentos faziam aparecer nos jovens todos os tipos vícios que, no futuro, poderiam prejudicar-lhes o entendimento e a moral (Platão, 2012). Como dizia Sócrates a um de seus ouvintes:

(...) Podemos também afirmar, Adimanto, que as almas mais bem-dotadas, influenciadas por uma má educação, tornam-se más no mais alto grau. Ou julgas que, os grandes crimes e a pior perversidade, provêm de uma medíocre e não de uma excelente natureza? E poderá uma alma vulgar realizar grandes coisas, seja para o bem, seja para o mal? (...) (PLATÃO, 2012, posição 3865)

Deste modo, os riscos da manipulação das formas em detrimento do conteúdo eram relevantes para a educação, visto que poderiam influenciar equivocadamente os formadores de opinião do futuro. Para os opositores dos sofistas, como ele próprio, o destino nem sempre era prazeroso, pois esses lograram alcançar esferas de relevo na sociedade, influenciando não só a população em geral, mas diversos líderes. Ou seja, para aqueles que não se rendiam às palavras dos sofistas e que não eram convencidos por seus discursos, a sociedade poderia estigmatiza-los e puni-los, se conveniente fosse.

A concepção de notícias falsas cujos efeitos possam se fazer perceber no mundo fático, ao contrário do que possa aparentar, não é algo aplicável à realidade contemporânea exclusivamente. Pelo contrário, este fenômeno exerce efeitos práticos e relevantes há séculos, em especial na política. Em 1564, por exemplo, a disseminação de notícias falsas quase destruiu o mais poderoso monarca à época, Felipe II, chefe supremo da Coroa Espanhola. Com domínios que se estendem da América do Sul ao Sudeste Asiático, o poderoso monarca não esperava que um boato pudesse provocar uma crise política grave em seu poderoso império. Com a notícia que Felipe II fora morto a tiros espalhando-se celeremente, o corpo diplomático do monarca instruiu-o no sentido de usar a força da Coroa a fim de tentar frear o avanço da informação maliciosa. "Imediatamente, o rei teve que acionar toda a máquina burocrática dos correios e da transmissão de mensagens, a fim de chegar o mais rápido possível às áreas que ele considerava convenientes que aquela notícia falsa era um boato sem fundamento" (BBC, 2018). Enviadas cartas a diversos setores estratégicos espalhados por todo o império, Felipe II

conseguiu arrefecer a disseminação da notícia e saiu incólume do evento. O seu 'algoz', contudo, jamais foi descoberto. Pareceria atual se o evento descrito não tivesse ocorrido no século XVI. Como dito, os chamados "boatos" não são fenômenos da contemporaneidade. O que se passa hoje é que, certamente, a capacidade de disseminação e, conseqüentemente, de modificação da realidade aumentou substancialmente.

Todavia, a "era de boatos" parece estar ultrapassada no Brasil, pelo menos no que diz respeito àqueles que exercem influência na esfera político-social. Com o acesso facilitado a aparelhos de telefonia móvel no que se refere à oferta, à diversidade e ao crédito; com a disseminação da internet móvel; e com o barateamento dos planos oferecidos pelas concessionárias de telefonia móvel, formou-se no país, ao que tudo indica, o cenário ideal para o advento de um outro tipo de desinformação: as notícias falsas.

Diferem-se as notícias falsas dos boatos, essencialmente, pela inexistência de um terceiro, um intermediário que ateste credibilidade à informação. Para o boato, faz-se mister alguém que, por pertencer à esfera pessoal ou por representar isoladamente e/ou integrar um grupo digno de admiração e confiança, confere boa reputação ao conteúdo que é passado. Diversamente, as notícias falsas são marcadas pela manipulação da informação, já que aparentam representar uma notícia verificada e confiável. Além disso, devido às redes digitais de comunicação, disseminam-se com muita velocidade. Ademais, e porventura mais preocupante, essas informações são criadas por seus idealizadores visando lucro (UOL Política, 2017).

2.2.5 Uma característica brasileira: o uso do WhatsApp

Dentre as inovações tecnológicas que mais se imiscuíram na vida prática do brasileiro, provavelmente a mais impactante é o Whatsapp. Informações de 2017 já demonstravam que o aplicativo de mensagens de telefones celulares era utilizado por aproximadamente 120 milhões de brasileiros, número correspondente a um usuário a cada dez em todo o mundo. De acordo com Queiroz, Santos e Silva (2017), o Brasil, de acordo com o MEF (Mobile Ecosystem Forum), é o segundo país do mundo que mais utiliza o aplicativo de mensagens, sendo o uso feito regularmente por 76% dos brasileiros. Hoje, com alguma segurança, é possível afirmar que o Whatsapp é o principal canal de informação de muitos brasileiros, quando não raro o único (Estado de São Paulo, 2017). Com isso, é natural que a empresa responsável pelo aplicativo tenha imensa influência na maneira como parte substancial da população se informa.

Apresentados estes dados, surgem algumas questões. Uma delas é a forma como o aplicativo funciona quanto à sua segurança. Segundo a empresa, é adotada a chamada "criptografia de ponta a ponta", o que significa dizer que apenas emissor e receptor visualizam as mensagens, não facultado nem mesmo à empresa o acesso ao conteúdo. Essa característica gerou alguns problemas entre a Justiça Brasileira e a empresa Facebook,

dona da marca Whatsapp. Em 2016, por exemplo, foi negado o acesso às autoridades brasileiras por parte do aplicativo em caso que tratava de investigação de grupos envolvidos com tráfico de drogas. O processo, que tramita em uma vara criminal de Sergipe sob sigilo de justiça, gerou a suspensão por 72 horas dos serviços do Whatsapp, pois este se negou a colaborar com a investigação. O caso em questão originou, inclusive, a ADPF 403 no STF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, requerida pelo PPS – Partido Popular Socialista, sob a alegação de a decisão judicial ferir a Constituição Federal em seu Art. 5º, IX e a garantia da liberdade de comunicação. Outro caso que ganhou notoriedade envolvendo o Whatsapp e as autoridades brasileiras foi o ocorrido em uma investigação policial em Caxias, na Baixada Fluminense do Rio de Janeiro. A Juíza do caso, em sua decisão, explicitou o comportamento da empresa estadunidense:

[...]Ao ofício assinado por esta magistrada, contendo a ordem de quebra e interceptação telemáticas das mensagens do aplicativo Whatsapp, a referida empresa respondeu através de e-mail redigido em inglês, como se esta fosse a língua oficial deste país, em total desprezo às leis nacionais, inclusive porque se trata de empresa que possui estabelecida filial no Brasil e, portanto, sujeita às leis e à língua nacional, tratando o país como uma 'republicueta' com a qual parece estar acostumada a tratar. Duvida esta magistrada que em seu país de origem uma autoridade judicial, ou qualquer outra autoridade, seja tratada com tal des zelo. Como se não bastasse, nesta resposta enviada ao Juízo em inglês, solicita a empresa que o próximo ofício seja encaminhado na mesma língua e ainda formula perguntas totalmente improcedentes e impertinentes, vez que se trata de procedimento de cunho sigiloso, sendo certo que nenhuma destas informações se faz necessária para o cumprimento ou não da ordem judicial[...].

Com isso, salienta-se uma das facetas da questão: a segurança e a privacidade das mensagens entram em conflito, em alguns casos, com a intenção do Estado de investigar e punir atos ilícitos. Vale dizer que a decisão de suspensão do funcionamento do aplicativo foi sustada logo após a sua realização em caráter liminar no STF, que inclusive deu origem à ADPF 403, por parte do Ministro Ricardo Lewandowski, sob a afirmação de a decisão ferir a liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento.

Visto por outra perspectiva, a suposta preocupação com a segurança dos usuários auxilia no fenômeno da disseminação de notícias falsas, tendo em vista a dificuldade da verificação do conteúdo por uma fonte externa. Ademais, a impossibilidade de verificação aliada à prática de oferecimento de planos de dados ilimitados por parte das concessionárias de telefonia para o uso do Whatsapp possibilita a criação de uma verdadeira indústria clandestina de notícias falsas. Há suspeitas dos envios impulsionados

de centenas de milhões de mensagens na campanha presidencial de 2018 com o financiamento de empresas, o que configura ilegalidade, já que doação não declarada e proibida (Congresso em Foco, 2018). As investigações, ainda que notória a relevância do tema e da importância do deslinde do caso, prosseguem vagarosamente no Tribunal Superior Eleitoral (Folha de São Paulo, 2019).

Considerando a realidade das disputas judiciais, os interesses políticos, empresariais e econômicos, além das incessantes novidades tecnológicas, salienta-se um fato preocupante sobre a realidade da comunicação via Internet atualmente: parece predominar, cada vez mais, o conteúdo adulterado, modificado e falsificado. Se o capital interessado financia, o usuário acredita e a justiça tarda (isto quando é capaz de concluir), fica evidente a configuração de um cenário caótico para a sociedade moderna, pois não será possível confiar em muitas das fontes de informação disponíveis.

2.2.6 Uma característica contemporânea: a manipulação feita por robôs

Outro fator a ser levado em consideração, já que, como dito, a lucratividade é uma das marcas mais significativas do “mercado” de notícias falsas, foi o desenvolvimento nas últimas décadas de técnicas de disseminação em massa da informação. Talvez a mais comentada hoje seja a utilização de “robôs” (bots) no processo de reprodução automática de conteúdo. Esses bots interferem no processo natural de distribuição de conteúdo nas mídias sociais e, replicando comportamentos pré-programados, assumem papéis de coadjuvante, quando reforçam opiniões, crenças e teorias; e de protagonista, quando criam tendências de forma autônoma e orgânica no processo de produção de informação.

Os bots (algumas vezes chamados de social bots por atuarem nas redes sociais) são definidos como programas de computador que controlam contas em redes sociais, podendo atuar de forma benigna ou maléfica a depender da intenção de quem artificiais simulacros (BARBOSA, 2018, posição 1309). De acordo com Barbosa (2018), a simulação da informação feita por bots tem o condão de dar fluidez à experiência, acelerando-a a certo ponto de torná-la mais dinâmica e atraente ao indivíduo. Passando-se por seres humanos, esses bots manipulam e alteram o foco dos debates à maneira de seus idealizadores que, no fim, possuem interesses políticos e econômicos no que será produzido pelo desfecho da discussão social em questão. Foi o que ocorreu no Brexit e nas eleições presidenciais estadunidenses de 2016, bem como nas eleições brasileiras de 2018 (HYPENESS, 2018).

Com o avanço constante da inteligência artificial, os obstáculos para a detecção dos bots são cada vez maiores. Novos elementos, como o machine learning, incrementam a dificuldade da atuação de autoridades e corporações de mídias sociais nas grandes redes digitais no que diz respeito a coibição de agente maliciosos. Segundo Barbosa (2018, posição 1397), “a detecção dos social bots é como uma corrida: ao passo que novos

métodos de detecção são desenvolvidos, os social bots evoluem, tornando os métodos menos efetivos.”

Um risco importante em consequência da disseminação de bots autônomos é a sua atuação indiscriminada na produção de desinformação nas redes sociais. Em 2015, Broniatowski et al. (2018), através de informações governamentais estadunidenses, notaram a presença de redes virtuais de bots atuando diretamente na produção de desinformação contra campanhas de vacinação nos EUA, especialmente na rede social Twitter. Segundo os autores, ainda que não seja possível verificar a procedência de todas as contas cadastradas na plataforma, a presença massiva de bots é sugerida especialmente nos casos onde há vinculação a uma fonte externa promovida por monetização. O trabalho dos bots, portanto, é duplo: desinformar pela mensagem e atrair usuários para ambientes virtuais onde se possa obter lucro via propaganda (BRONIATOWSKI, 2018).

2.3 Onda política

Em os “Papéis Federalistas” (Federalist Papers) foram estabelecidos os elementos basilares que fundaram a República dos Estados Unidos da América em 1787. Trata-se de um conjunto de documentos, totalizando 85 artigos, publicados em jornais nos momentos precedentes à formulação da Constituição dos EUA. Dentre eles se destaca o Federalist Paper nº 10, que justificou a criação dos Estados-membros. James Madison, seu idealizador, previa que esta seria uma forma de coibir a ação de facções perturbadoras e as ameaças geradas por possíveis conflagrações contra a forma de Estado recém-estabelecida. Assim,

A influência de líderes facciosos pode acender uma chama dentro de seus próprios Estados, contudo será incapaz de espalhar uma conflagração geral pelos outros. Uma seita religiosa pode degenerar em uma facção política em uma parte da Confederação, mas a variedade de seitas espalhadas por toda a sua superfície deve proteger os conselhos nacionais contra qualquer perigo daquela fonte. O furor por papel-moeda, por uma abolição de dívidas, por uma divisão igualitária de propriedade ou por qualquer outro projeto impróprio ou viperino terá menos probabilidade de se espalhar por todo o corpo da União do que um determinado membro dela; na mesma proporção em que tal doença tem mais probabilidade de contaminar um determinado condado ou distrito do que um Estado inteiro (MADISON, 1787, p. de Internet, tradução nossa, grifo nosso).

O modelo imaginado e instituído por Madison e outros dos Fundadores da então nova República mostrou-se duradouro, pois de fato os EUA permanecem, pelo menos no que se refere à sua forma orgânica, com a mesma configuração inicial prevista.

Essa grande rede de Estados-membros, costumes, leis e pessoas em nada se assemelha à rede digital surgida nas últimas décadas. Se na federação o tamanho do Estado e a distância entre seus constituintes são vantagens, na rede digital elas são irrelevantes. Nesta, a informação se desloca de forma tão veloz, quase instantânea, que as conflagrações podem surgir em questões de minutos, bem como desaparecer também. Em um ataque virtual, poucos elementos podem rapidamente apresentar o caos a estruturas de rede até então consideradas seguras, causando estragos consideráveis em muitos casos (OLHAR DIGITAL, 2017).

É por meio desta rede digital incorpórea que a política vem percebendo transformações práticas e significativas nos últimos anos. Pós-verdade, notícias falsas, hackers e bots são elementos integrantes a ela e moldam constantemente a realidade, atuando onde ninguém vê e quando ninguém espera. Ainda que o espaço cibernético possa sugerir certa neutralidade, ou até mesmo positividade em algumas situações, nota-se que, às vezes, os fenômenos advindos deste ambiente denotam ora polarização, ora radicalismo, quando não ambos. As mídias sociais e a Internet, como se procurou demonstrar, não estão imunes à autonomização intencional do meio digital, o que as deixa suscetíveis às diversas malícias e intenções humanas e não humanas.

Com a missão inicial de conectar pessoas, hoje as mídias sociais também agem como catalisadoras de desavenças pessoais e rupturas sociais, ao se transformarem em pseudoarenas de combate político. Não por acaso Haidt e Rose-Stockwell (2019) evocam a característica evolutiva e imperativa da geração de atratividade ante o outro como fator decisivo na crescente animosidade digital. O status gerado com a atuação na rede, status este corroborado por curtidas e compartilhamentos, agravam e incentivam a presença da emotividade e da pessoalidade na rede. Por não encontrarem barreiras naturais na realidade impalpável da Internet, como as idealizadas por Madison no projeto de sua República, a emotividade e a pessoalidade não se fazem conter na Grande Rede Mundial (World Wide Web).

Não por acaso, alguns dos movimentos políticos da contemporaneidade expressam exatamente este fator emotivo que é percebido no bojo do discurso da pós-verdade. O “neopopulismo” carismático se utiliza da carência de mediação do recente e em desenvolvimento ambiente virtual para se comunicar diretamente com a população por meio de portais eletrônicos pouco confiáveis e redes sociais, muitas vezes pregando discursos de ódio e intolerância (SCHWARCZ, 2019, p. 63). Já que os canais políticos institucionalizados e comunicativos tradicionais sofrem com o que se denominou “crise de legitimidade”, o meio digital surge como alternativa natural (ou artificial) para este tipo de atuação, inclusive porque muitos dos representantes do neopopulismo não ocupavam papéis de relevo nestes mesmos canais institucionalizados e tradicionais.

Obviamente, adentrar a discussão sobre a contenção dos discursos de ódio suscitará a confrontação de direitos, pois limitar em certa medida a forma de expressão é o único caminho para delimitar o campo de atuação da informação, de modo que se logre traçar uma linha segura entre ela e a desinformação. É certo, portanto, que caberá aos agentes políticos e aos juristas, bem como aos agentes do campo da tecnologia informática, moldar as regras de convivência virtual do agora e do futuro.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Internet foi um marco tecnológico impressionante sob o aspecto da comunicação. O processo de aproximação causado pela diminuição das distâncias relativas representou um passo largo rumo à globalização, que já há algum se preludiava.

Entretanto, há de se reter atenção ao fato de todo fenômeno novo normalmente demonstrar muitos dos seus efeitos somente a posteriori. No que se refere à Internet, é relevante o fato de ela ter aproximado muitos dos separados por grandes distâncias, mas também afastado muitos antes considerados “vizinhos”. Enquanto a política participativa, porém local, da Ágora parece vencida, a promoção adulatória e narcisista ecoa nas vozes daqueles que estão em campanha permanente no ambiente virtual (CASTELLS, 2018, p. 57). Fomentados por grandes conglomerados econômicos e grupos de interesse, um sem-fim de bots percorre velozmente o entrelaçado digital recém-criado e ainda exposto, auxiliando o processo massivo de manipulação promovido nas redes, o que gerou pouco além de ódio e polarização nos últimos anos.

No que diz respeito à sociedade e ao direito, a Internet foi de tal forma impactante que não se pode ainda (se é que um dia poder-se-á) quantificar o impacto atual, muito menos mensurar o futuro. Contudo, seria ingênuo imaginar que tais fenômenos sociais não seriam ainda mais modificados por uma rede intangível, onipresente, por ora quase que em todo desregulamentada e ocupada por atores que se movem por interesses próprios. Tanto a sociedade como o direito ainda estão em processo de adaptação à nova realidade trazida pelo mundo digital, o que, como é de se esperar, demanda tempo, apresenta inúmeras variáveis e traz, igualmente, muitas possibilidades.

A defasagem temporal da lei é de conhecimento antigo e cristalino dos juristas, e isto se dá por ela não ser hábil o bastante a fim de acompanhar, o que dirá prever, as mudanças ocorrentes e recorrentes como resultado das formas as quais os indivíduos se relacionam. A mutabilidade, inclusive, é um dos elementos caracterizadores do chamado “direito positivo”, já que a sua moldagem depende do potestas populus, ou poder do povo, que não se expressa de forma estável no tempo (BOBBIO, 2006, p. 22). Ocorre que o hiperdinamismo introduzido pela Internet não mais comportará tal discrepância, que se agravará ainda mais, entre o suposto ato protetivo do “Soberano” e o ato disruptivo

oriundo de fora, neste caso do ambiente virtual, sob o risco de o primeiro perder a sua faculdade modeladora para o segundo.

Finalmente, há de se mencionar a Lei Federal Nº 12.965/2014, conhecida como “Marco Civil da Internet”, cujo objetivo precípua é oferecer princípios, direitos e garantias aplicáveis ao uso da Internet. Trata-se de uma legislação muito festejada pelos especialistas do ramo, trazendo em seu bojo três ideias essenciais: (i) a neutralidade da rede, (ii) a liberdade de expressão; e (iii) a privacidade dos usuários (NORTHFLEET, 2020). Sem dúvidas, neutralidade, liberdade e privacidade são potências inafastáveis da utilização da Internet, e a busca pela devida proteção desses valores relacionados diretamente à cidadania deve ser permanente e constante. Mas, os três elementos citados, os quais de fato são necessários no trato com a Internet, são também, paralelamente, três potências utilizadas em favor da disseminação em massa de notícias falsas, sendo possível concluir que, decerto, o “Marco Civil da Internet”, ainda que necessário, não será o bastante para prover um ambiente virtual seguro e justo, portanto ético. O que realmente é certo é a necessidade da atuação da academia para que dali venham as respostas às novas realidades e necessidades que surgirão.

4. REFERÊNCIAS

AMÉRICO, J. Hackers invadem Pentágono através das redes sociais. Olhar Digital. Brasil, 29 maio. 2017. Disponível em: https://olhardigital.com.br/fique_seguro/noticia/hackers-invadem-pentagono-atraves-das-redes-sociais/68611. Acesso em 11 set.2020.

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2015.

BARBOSA, B, R, G. Social bots: uma análise sobre a gênese e o desenvolvimento dos robôs nas mídias sociais. Pernambuco: Universidade Católica de Pernambuco, 2018.

BBC. As mensagens falsas usadas no século 16 para tentar sabotar o reinado do espanhol Felipe II. BBC, Brasil, 21 out. 2018. Disponível em: <
<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45863680>>. Acesso em 11 set. 2020.

BOBBIO, N. O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BRONIATOWSKI, D, A., JAMISON, A, M., QI, S., ALKULAIB, L., CHEN, T., BENTON, A., QUINN, S, C., DREDZE, M. Weaponized Health Communication: Twitter Bots and Russian Trolls Amplify the Vaccine Debate. American Journal of Public Health, EUA, n. 108, p. 1378-1384. 2018. Disponível em: <
<https://ajph.aphapublications.org/doi/full/10.2105/AJPH.2018.304567>>. Acesso em 11.set. 2020.

BRUM, E. Bolsonaro e a autoverdade. El País, Brasil, 16 jul. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/16/politica/1531751001_113905.html>. Acesso em 11 set. 2020.

CASTELLS, M. Ruptura: A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTELLS, M. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

CHAUÍ, M. Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

CONGRESSO EM FOCO. Em prática ilegal, empresas bancam campanha contra o PT pelo WhatsApp, diz Folha. Congresso em Foco. Brasil, 18 out. 2018. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/eleicoes/em-pratica-ilegal-empresas-bancam-campanha-contra-o-pt-pelo-whatsapp-diz-folha/>. Acesso em 11 set. 2020.

DUNKER, C.; TEZZA, C.; FUKS, J.; TIBURI, M.; SATAFLE, V. Ética e pós-verdade. Rio Grande do Sul: Dublinense, 2017. Edição digital, ISBN 978-85-8318-098-2.

ÉPOCA. A segurança que garante o sigilo das redes de desinformação no whatsapp. Época. Brasil, 19 out. 2018. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/a-seguranca-que-garante-sigilo-das-redes-de-desinformacao-no-whatsapp-23171409>>. Acesso em 09 ago. 2021.

2.3.2 ESTADO DE SÃO PAULO. WhatsApp chega a 120 milhões de usuários no Brasil. Estado de São Paulo, São Paulo, 29 maio 2017. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/empresas,whatsapp-chega-a-120-milhoes-de-usuarios-no-brasil,70001817647>. ACESSO EM 11 NOV Uma característica brasileira: o uso do WhatsApp. 2020.

TUROLLO JÚNIOR, R. Investigação eleitoral sobre disparos em massa pelo WhatsApp engatinha no TSE. Folha de São Paulo. São Paulo, 18 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/investigacao-eleitoral-sobre-disparos-em-massa-pelo-whatsapp-engatinha-no-tse.shtml>. Acesso em 11 nov. 2020.

FREUD, S. Introdução ao narcisismo, ensaios de metapsicologia e outros textos. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GADEA, M, S, C. e LEITE, C, A, C. A afetividade contemporânea e sua relação com a individualidade e a construção do sujeito na modernidade. Estudos de Sociologia, Recife, 2016, Vol. 1 n. 22, 2016.

GHIRALDELLI JÚNIOR, P. História da Filosofia: dos pré-socráticos a Santo Agostinho. São Paulo: CEFA Editorial, 2018

HAIDT, J e ROSE-STOCKWELL, T. The Dark Psychology of Social Networks:

Why it feels like everything is going haywire. The Atlantic. EUA, dez. 2019. Disponível em: < <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2019/12/social-media-democracy/600763/>>. Acesso em 08. dez. 2020.

ISTOÉ. Japão confirma pela primeira vez morte de trabalhador de Fukushima por radiação. Istoé, Brasil, 05 set. 2018. Disponível em: <<https://istoe.com.br/japao-confirma-pela-primeira-vez-morte-de-trabalhador-de-fukushima-por-radiacao>>. Acesso em 11 set. 2020

JAMIL, G, L. e NEVES, J, T, R. A era da informação: considerações sobre o desenvolvimento das tecnologias da informação. Perspect. Cienc. Inf, Belo Horizonte, v.5, n.1, 2000.

JOVEM PAN. Fenômeno “novo”, fake news diferem de boatos e viralizam como verdade pela internet. Jovem Pan, 02 abr. 2018. Disponível em <<https://jovempan.uol.com.br/noticias/brasil/fenomeno-novo-fake-news-diferem-de-boatos-e-viralizam-como-verdade-pela-internet.html>>. Acesso em 09 jul. 2021

KANT, I. Fundamentação da metafísica dos costumes. Portugal: Edições 70, 2007.

LOPES, P. e REIS, B. (2019). Comunicação Digital: Media, práticas e consumos. Lisboa: NIP-C@M. Disponível em <http://hdl.handle.net/11144/3969>

MADISON, J. The Federalist Papers nº. 10: The Union as a Safeguard Against Domestic Faction and Insurrection. EUA, 1787. Disponível em < https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp>. Acesso em 10 nov. 2020.

MAIA, G. Fake news não são como boato, são criadas para gerar lucro, diz diretor do UOL. UOL Política, Brasília, 12 dez. 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/12/fake-news-nao-e-erro-e-proposital-diz-diretor-de-conteudo-do-uol.htm>. Acesso em 10 set. 2020.

NORTHFLEET, E. G. O Marco Civil da Internet sob o prisma da constitucionalidade - parte I. Consultor Jurídico. Brasil, 19 fev. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-19/ellen-gracie-constitucionalidade-marco-civil-internet>>. Acesso em: 14 set. 2020.

NUNES, B. Como robôs atuam nas redes sociais para manipular seu voto nas eleições de 2018. Hypeness. Brasil, out. 2018. Disponível em:

<https://www.hypeness.com.br/2018/10/como-robos-atuam-nas-redes-sociais-para-manipular-seu-voto-nas-eleicoes-de-2018/>. Acesso em 11 set. 2020.

PLATÃO; A República. Brasília: Editora Kiron, 2012. Edição digital, ISBN 978-85-8113-093-4.

QUEIROZ, S.M.W, SANTOS, G.R e SILVA, J.M.D. CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 40º, 2017 Curitiba. O Impacto do Aplicativo WhatsApp Menssenger nas Relações de Trabalho e os Reflexos na Comunicação Interna das Empresas. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação

SILVA, E. R; Fake News, Algoritmos e Democracia: O papel do Direito na defesa da sociedade aberta. (Dissertação em Direito) – UFRGS, 2018.

SILVEIRA, F L. A teoria do conhecimento de Kant: o idealismo transcendental. Cad. Cat. Ens. Fís., v. 19, número especial: p. 28-51, mar. 2002.

SCHWARCZ, L, M. Sobre o autoritarismo brasileiro. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

TAYLOR, A. 5 Years Since the 2011 Great East Japan Earthquake. The Atlantic. 10 mar. 2016. Disponível em < <https://www.theatlantic.com/photo/2016/03/5-years-since-the-2011-great-east-japan-earthquake/473211/>>. Acesso em 17. jun 2021

VENTURA, Z. Trump e a pós-ética. Academia Brasileira de Letras, Rio de Janeiro, 18 jan. 2017. Disponível em: < <https://www.academia.org.br/artigos/trump-e-pos-etica>>. Acesso em 11 set. 2020.

OS TRIBUTOS E OS SERVIÇOS DE STREAMING

PEDRO DA SILVA SANTOS

RESUMO: O artigo visa esclarecer quais os impostos devem incidir sobre as plataformas de streaming, visto que, com a crescente revolução digital ocorrida nos últimos anos em todo o mundo, e com o melhoramento das conexões de internet, essa atividade tem se tornado uma modalidade muito procurada pelos usuários, e com isso, também veio o interesse dos entes competentes em tributar. Foi estabelecido a incidência do ISSQN sobre as atividades de tecnologia streaming, porém há uma discussão sobre se de fato é correto a cobrança desse tipo de imposto, tendo em vista que essas atividades podem não se configurar como prestação de serviço, de acordo com o conceito previsto na Constituição Federal e no Código Civil.

Palavras-Chave: Streaming; Tributos; ISSQN; ICMS; Serviços.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da tecnologia e sua rápida evolução, ao mesmo tempo em que a globalização caminha a passos largos, diferentes métodos de rápida integração internacional foram criados, possibilitando cada vez mais a aproximação entre a sociedade e as pessoas, nos mais diferentes âmbitos, sejam eles culturais, sociais, políticos e econômicos. Cada vez mais o uso da internet se torna indispensável para a sociedade, principalmente no campo das telecomunicações.

A sociedade está cada vez mais dependente da tecnologia da informação, e assim, o consumo que antes eram voltados para os serviços de rádio e TV, agora perderam os seus lugares para as plataformas como o Spotify, Netflix e o Youtube, serviços denominados como streaming de dados. O termo streaming tem origem da palavra inglês stream, que significa córrego ou riacho, e no âmbito da tecnologia pode ser entendido como um fluxo de dados ou de conteúdos midiáticos.

A tecnologia streaming passou a ser muito visada, pois se tornou uma forma de entretenimento muito acessível, possibilitando aos usuários o acesso a diversos conteúdos audiovisuais de maneira fácil e pouco onerosa.

As plataformas de streaming conquistaram um grande número de usuários, pois ao contrário dos downloads, os usuários não precisam manter cópias do conteúdo, apenas acesso temporário à mídia desejada.

A crescente utilização dessa tecnologia por pessoas físicas, empresas, governos e instituições tem chamado a atenção dos entes tributantes quanto ao volume de capital envolvido e o potencial de mercado.

Diante desse cenário, percebendo-se a crescente utilização das plataformas de streaming no país, foi promulgada em setembro de 2016 a Lei Complementar nº 157/16, que incluiu o item 1.09 na lista de atividades da Lei Complementar nº 116/03. O novo item prevê que o ISSQN incida sobre a disponibilidade de conteúdo de áudio, vídeo, imagem e texto disponibilizado via internet. Entendeu-se que a difusão de conteúdo através da tecnologia streaming caracterizaria prestação de serviço, e com isso, seria cabível a incidência do ISSQN.

Por outro lado, em outubro de 2017, o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ, publicou o convênio para regulamentar a ocorrência de ICMS nas transações com bens e mercadorias digitais (como softwares, programas, videogames, aplicativos, arquivos eletrônicos, etc.), que sejam padronizados, ainda que tenham sido ou possam ser adaptados, comercializados por meio de transferência eletrônica de dados.

Em tese, esses dois regulamentos autorizam a incidência de ISSQN e ICMS sobre a tecnologia streaming, entendendo-se que, por um lado, trata-se de um serviço prestado e, por outro lado, de uma mercadoria. Mas, afinal, qual é a natureza jurídica dessa tecnologia? Quem será constitucionalmente autorizado a tributar os serviços de streaming: os Municípios ou o Estado?

O presente trabalho tem por objetivo geral esclarecer qual o imposto deve incidir sobre os serviços das plataformas de streaming. Como objetivos específicos, pretende-se conceituar serviços de streaming, apresentar exemplos de plataformas que utilizam essa tecnologia, descrever a relação jurídica e tributária desses serviços no Brasil, abordar sobre o potencial conflito de competências entre Estados e Municípios para instituir a tributação sobre esses serviços, e compreender qual o enquadramento tributário do streaming de acordo com a legislação brasileira.

A metodologia utilizada para a criação desse trabalho é a pesquisa descritiva de cunho bibliográfico, conforme orienta Gil (2010). Foram selecionados autores e obras que abordam o tema estudado e consultadas as plataformas de postagem de conteúdo acadêmico: Scielo e Google Acadêmico, na busca por materiais de apoio no processo de escrita. Nesta busca, foram envolvidos os estudos que estivessem publicados em periódicos, revistas especializadas ou indexados nas referidas bases de dados.

2 TECNOLOGIA DO STREAMING

A impulsão das novas tecnologias e a ascensão da era digital provocam inúmeras transformações na forma de se consumir e utilizar os diversos serviços. A forma como consumimos os produtos evoluiu, como o consumo da música por exemplo, que inicialmente existia apenas como um simples processo de absorção de conteúdo pelo emissor e receptor (TARGINO; MEDEIROS, 2020).

No final do século XIX iniciava o desenvolvimento de invenções com o objetivo de realizar a gravação de conteúdo para ser reproduzido. Em 1877 nascia o primeiro aparelho de gravação sonora, o fonógrafo, desenvolvido pelo norte-americano Thomas Edison, onde o som era registrado por meio de uma agulha que riscava um cilindro de cera. Os sulcos feitos pela agulha, quando novamente percorridos, revelavam a gravação feita. O aparelho foi descoberto quando Edison fazia experimentos com o telégrafo e observou que o movimento da fita de papel produzia ruídos parecidos com palavras faladas (TARGINO; MEDEIROS, 2020).

Em 1880, Emil Berliner, um cidadão alemão, patenteava o gramofone. Se no fonógrafo o som era gravado no fundo do sulco de cilindro, configurando um processo de gravação vertical, no gramofone utilizava-se um disco, e a gravação ocorria de forma horizontal, com registros feitos na lateral do sulco. O invento de Berliner proporcionava um maior volume de som, pois permitir que a agulha fosse pressionada de modo mais intenso sobre o disco.

Em 1963 a fabricante holandês Philips desenvolvia a fita cassete, uma maneira de gravação de som caseira que permitia a reprodução de música portátil. Ela permitia, em média, a reprodução de 30 minutos de cada lado, mas a qualidade do som armazenado não era boa, e se o usuário quisesse ouvir novamente, deveria rebobiná-la.

O CD Rom teve a sua criação em 1985, com a finalidade de armazenar um grande número de informações em um espaço compacto. Elas foram patenteadas pelas marcas Sony e Philips. Em 1987 o desenvolvimento do formato MP3, pelo *Fraunhofer Institut Integriert Schaltungen*, viabilizou o armazenamento e a reprodução em computador, e o compartilhamento de arquivos musicais pela internet, chegando finalmente ao serviço mais utilizado atualmente que é o de Streaming.

O termo Streaming tem origem da língua inglesa derivada do stream, que quer dizer córrego ou riacho. Sendo assim, o termo streaming pode ser traduzido para a língua portuguesa como “fluxo”, que no contexto tecnológico pode ser compreendido como fluxo de dados ou de conteúdos multimídias.

Oliveira (2020) define “Streaming é a tecnologia usada para entregar conteúdos para computadores e serviços móveis, podendo ser de áudio ou vídeo, porém, a cada revolução novos serviços surgem e tal tecnologia possui fluxo contínuo que significa que o destinatário possa utilizar o conteúdo quase que imediatamente”.

Junior e Silva (2020) também conceitua o termo streaming: “é uma tecnologia que consiste na distribuição online de dados por meio de pacotes. Nesse caso, não há armazenamento de conteúdo por parte do destinatário dos dados, ou seja, este é reproduzido na medida em que o usuário o recebe”.

A partir disto, podemos compreender que a tecnologia streaming consiste em uma transmissão de dados de som e imagem de maneira instantânea, sem haver a necessidade de download e armazenamento do conteúdo.

O seu objetivo é tornar as conexões de conteúdos audiovisuais mais rápidas em relação as formas tradicionais de emissões de sinais, resultando em uma maior facilidade de acesso pelos usuários, onde não estão mais vinculados ao lugar, e agora possuem acesso ilimitado a conteúdos diversificados e personalizados.

Conforme o relato de Linhares (2018) sobre essa tecnologia:

Sáímos de uma era na qual era necessário “ter” o filme ou a música sob a forma de algum tipo de mídia física (LP, CD, DVD, fitas, blu-ray), passando a outra em que bastava armazenar o arquivo em sua rede pessoal (cartões de memória, HDs), até chegarmos ao momento atual, quando basta, tão somente, “ter o acesso” ao conteúdo audiovisual ou musical disponível na rede mundial de computadores (LINHARES, 2018)

Devido ao fato desse assunto ainda ser de temática recente no Brasil, e de ainda existirem dúvidas sobre a correta definição do termo “streaming”, além de outras repercussões no que tange o uso da tecnologia, a exemplo de direitos autorais, principalmente quando há a disponibilização de conteúdos musicais, o Supremo Tribunal de Justiça (2017) trouxe o seguinte conceito para o termo, “streaming é uma tecnologia que utiliza a rede de computadores para transmissão de dados e informações de maneira contínua”. A característica principal desse mecanismo é enviar os dados através de pacotes sem que o usuário tenha que baixar o arquivo para ser executado, e é aqui que o paradigma muda, porque ao contrário do que acontece há alguns anos, o importante é o acesso ao conteúdo, e não a posse da mídia física.

A tecnologia streaming surgiu como uma ideia de um mecanismo inovador que permite a transmissão contínua de som e imagem aos dispositivos conectados à internet como computadores, smartphones, tablets, rádios, dentre outros. O seu funcionamento ocorre da seguinte forma: uma solicitação de acesso é realizada ao conteúdo para os clusters (grupo de servidores). A partir disto, eles irão multiplicar continuamente o conteúdo digital recebido, não se fazendo necessário o seu download, e assim, evitando atrasos na comunicação (LINHARES, 2018).

O streaming se configura como uma estratégia para contornar problemas, pois, em vez de transferir a informação definitivamente para o computador dos usuários, funciona como um rádio ou uma televisão, onde os arquivos de áudio e vídeo são reproduzidos

simultaneamente ao seu recebimento, e nenhum dado é transferido permanentemente ao usuário.

Essa tecnologia pode ser classificada em duas espécies: *live streaming* e *streaming on demand*. No *live streaming*, também conhecido como streaming não interativo, a transmissão de mídia é realizada ao vivo, em tempo real, e o usuário não tem a liberdade de escolher o conteúdo desejado enquanto ocorre a transmissão. Já no modo *streaming on demand*, também chamado de streaming interativo, é realizada uma transmissão de mídia por demanda, ou seja, o usuário consegue ter acessos aos conteúdos por transmissão e reprodução dos arquivos que estão armazenados em um catálogo. (TARGINO; MEDEIROS, 2020).

Para o funcionamento dessa tecnologia, servidores são usados para armazenar os conteúdos de vídeo e áudio que serão difundidos via internet. O usuário realiza a solicitação de acesso à mídia por meio de uma plataforma criada para fins de transmissão, seja por meio de um aplicativo de celular, um website, ou um programa de computador. Os dados armazenados nos servidores são replicados e distribuídos mundialmente de forma instantânea, permitindo o acesso simultâneo por mais de um usuário.

Enquanto o download requer espaço de armazenamento por tempo indeterminado, o streaming é apenas uma transmissão instantânea de dados.

O streaming revolucionou a entrega de conteúdo digital dos últimos dez anos, onde já não se tem mais a posse da mídia – física ou virtual, mas sim a permissão de acesso ao conteúdo buscado.

Os serviços de streaming, em suma, consistem na cessão temporária do direito de uso de obras audiovisuais aos assinantes, que podem usufruir desse conteúdo dentro dos limites da licença concedida, durante o período da assinatura ou, ainda, durante o período em que o conteúdo estiver disponível. Como a cessão não é definitiva, os direitos de uso ou de exploração das obras audiovisuais permanecem com seus detentores originais (LINHARES, 2018).

A crescente massificação do uso da internet tornou o acesso às mídias online parte do cotidiano da vida das pessoas. Com isso, muitas empresas passaram a oferecer tais serviços, como a Apple e a Microsoft, que foram as pioneiras nesse segmento.

Essa tecnologia, que surgiu na década de 1990 nos Estados Unidos, se popularizou consideravelmente após a difusão da velocidade de internet banda larga. Nela, o usuário poderia reproduzir diversos conteúdos protegidos pelos direitos do autor, mas sem a violação desses direitos, como por exemplo as plataformas do Youtube, Spotify, Deezer, Netflix, Amazon Prime, dentre outros.

A Netflix, um exemplo de plataforma que utiliza essa tecnologia, surgiu em 1997, na Califórnia, inicialmente funcionando com venda e aluguel de DVDs pela internet. Teve seu website criado em 1998 e no ano seguinte passou a operar com opção de assinatura, permitindo ao usuário um aluguel ilimitado de conteúdo por meio de pagamento de um valor mensal.

Com as dificuldades que estava enfrentando com a forma operacional que trabalhava, e observando que as pessoas estavam mudando os seus hábitos, deixando a locação de vídeo no passado e passando então a usufruir desse conteúdo pelos meios virtuais, no ano de 2007, a Netflix passou a utilizar a tecnologia streaming, disponibilizando séries e filmes online.

Rapidamente a empresa conseguiu captar muitos usuários e se difundiu por vários países, chegando a América Latina em 2011, e alcançando a marca de 75 milhões de assinantes no mundo todo. Somente quatro anos após o lançamento do serviço de streaming é que a plataforma chegou ao Brasil, ofertando um catálogo de diversos conteúdos multimídia para acesso dos usuários por meio de aparelhos conectados à internet, sendo necessário a assinatura mensal do serviço.

O Youtube é outro exemplo de plataforma que utiliza essa tecnologia. Teve origem na Califórnia em 2005, e apresentou um significativo crescimento logo nos primeiros meses da sua criação. A empresa foi vendida para o Google em 2006, e nesse mesmo ano, emissoras de TV aberta como a NBC, ABC e FOX passaram a disponibilizar programas utilizando a tecnologia streaming em seus sites.

O streaming está muito presente também na disponibilização de conteúdo musical na internet, trazendo uma grande virada à indústria fonográfica, que enfrentava na época uma forte crise devido à queda na venda de CDs físicos ocasionada pela prática de *downloads* ilegais de arquivos na internet. Nesse segmento musical, a principal plataforma atualmente é o *Spotify*, que hoje já se encontra disponível em 65 países.

De acordo com a Forbes, a base de usuários de serviços de streaming em 2018 dobrou nos últimos três anos, enquanto em 2017, nos Estados Unidos, os preços aumentaram e a base de usuários continuaram em expansão. Obviamente, essa tecnologia tem alcançado muitos resultados e criado um novo nicho econômico que, além de lucrativo, continua em expansão. Portanto, é importante discutir esse tipo de tecnologia no campo jurídico, principalmente no que diz respeito à sua tributação. (LINHARES, 2018).

Apesar das plataformas mencionadas se intitularem como prestadoras de serviço, não basta apenas tal previsão, pois é necessário recorrer as leis internas do país, para identificar se de fato existe a prestação de serviço, para que assim seja definido a tributação correta a ser aplicada.

Nesse aspecto, foi publicada a Lei Complementar nº 157/2016, prevendo incidência do Imposto Sobre Serviços aos setores tecnológicos cujas atividades consistam na disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdo audiovisual por meio da internet e o Convênio CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária, publicou o convênio para regulamentar a ocorrência de ICMS nas transações com bens e mercadorias digitais, tratando tal atividade como mercadoria para fins de incidência do ICMS. (TARGINO; MEDEIROS, 2020).

Diante dessa situação, o presente trabalho busca esclarecer a tributação incidente sobre o streaming, a fim de verificar se as atividades desenvolvidas pelas plataformas de streaming consistem em serviços e se são passíveis de tributação, a partir do ISSQN e ICMS, no ordenamento jurídico brasileiro.

3. CONCEITOS E FUNDAMENTOS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Com o mercado digital em constante ascensão e com a exploração econômica das empresas desenvolvedoras da tecnologia *streaming*, não se pode abster o direito de seu aspecto arrecadatório.

Todavia, antes de se estabelecer o enquadramento tributário das plataformas de streaming, é necessário entender alguns fundamentos e conceitos básicos do Direito Tributário. Como relatado por Carvalho (2018), “a investigação científica requer método, como critério seguro para conduzir o pensamento e a caminhada expositiva”.

3.1 CONCEITO DE TRIBUTO E IMPOSTO

O art. 3º do Código Tributário Nacional (1966) traz a definição legal de tributo: “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” (BRASIL, 1966).

Entende-se por prestação pecuniária pelo fato de ser uma obrigação paga em dinheiro. Define-se como compulsória, por independe da vontade do sujeito passivo, e “não constituir sanção de ato ilícito”, é pelo fato de não ser uma penalidade. O tributo deverá ser instituído em lei, por se tratar de uma obrigação, e deverá ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (MACEDO, 2018).

Ataliba (1966) complementa “a tributação é a transferência compulsória de parcela da riqueza individual para os cofres públicos”.

Com essas definições, analisa-se uma das suas espécies tributárias denominada imposto, previsto no art. 16º do Código Tributário Nacional. Compreende-se por imposto uma espécie de tributo que incide sobre uma conduta não vinculada, que está relacionada

ao contribuinte e que, de acordo com o art. 167º, IV da Constituição Federal, sua arrecadação destina-se ao provimento do orçamento público.

O autor Macedo (2018) complementa “imposto é todo tributo cuja hipótese de incidência e respectiva base de cálculo consistam em um índice de capacidade econômico-contributiva, desvinculado de qualquer atividade estatal específica (...)”

Dessa forma, conclui-se que o imposto é um tributo unilateral independente de atuação do Poder Público e Estado, onde a sua incidência se dá a partir da ocorrência de um fato gerador pelo contribuinte.

3.1 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Entende-se por competência tributária a capacidade de que são dotadas as pessoas políticas para instituir tributos. Essa expressão é utilizada para designar o poder dos entes da Federação de criação, majoração, arrecadação e fiscalização dos tributos, reconhecido, limitado e dividido em seu exercício por normas da Constituição de 1988.

Essa Constituição atribuiu e dividiu entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o poder de criação dos tributos, a fim de formar as bases que chamamos de Sistema Tributário Nacional. De acordo com o sistema federativo brasileiro, todos esses entes estão autorizados a impor, através da atuação de seu respectivo Poder Legislativo, o dever de pagar tributos, respeitando os moldes e limites autorizados pela Constituição (CAMPOS, 2019).

3.2 O ISSQN (IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA)

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, que em sua forma abreviada conhecemos como ISSQN, é um tributo cobrado pelos municípios e pelo Distrito Federal que possui como finalidade a arrecadação da receita municipal, onde todos os valores arrecadados destinam-se aos cofres públicos municipais. O fato gerador do imposto é a prestação de algum serviço.

Normatizado na Constituição Federal em seu artigo 156, o inciso III, dispõe “Compete aos municípios instituir impostos sobre: III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em Lei Complementar” (BRASIL, 1988).

Foi definido então uma lista que enumera cerca de 230 serviços divididos em 40 itens elencados na Lei Complementar 116/2003, fixando a alíquota máxima de 5%, conforme definida na LCP nº 116, de 31 de julho de 2003, e alíquota mínima de 2% estabelecida no artigo 88 do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição Federal. Por ser de competência municipal, cada município pode ter alíquotas e regras específicas. Os municípios possuem autonomia para legislar sobre impostos de

sua competência, onde cada um definirá os seus detalhes legais, porém respeitando os limites impostos pela Lei Complementar. (ÁVILA, 2017)

3.2.1. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

No que se refere aos sujeitos envolvidos na relação tributária, o artigo 156º da Constituição Federal e artigo 1º da Lei Complementar 116/2003 definem os sujeitos ativos, como os responsáveis pela instituição, sendo eles o município e o Distrito Federal (BRASIL, 2003).

O contribuinte, a pessoa que deverá recolher aos cofres municipais o montante devido de impostos decorrentes da prestação de serviço é conhecido como sujeito passivo. Conforme conceitua o CTN em seu artigo 121º (1966) " o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo". Então, o sujeito passivo é quem assume o encargo financeiro do tributo, ou seja, aquele que participou do fato tributável, e logo, possui capacidade contributiva. (CAMPOS, 2019).

3.2.2. O local da tributação da prestação de serviço

O local de incidência do ISSQN é um tema que desperta vários conflitos devido ao fato de que todos os municípios querem para si o maior número possível de situações que ensejam a tributação, permitindo assim a arrecadação aos cofres municipais (CAMPOS, 2019).

A Constituição Federal de 1988 não estabelece qual é o município competente para tributar a prestação de serviço: o local onde houve a prestação do serviço ou o local onde está domiciliado o prestador. Então, essa função em estabelecer qual o município onde deverá ser tributado o serviço está atribuída a Lei Complementar, de acordo com o inciso I do art. 146º (BRASIL, 1988).

Dispõe a LC nº 116/2003 em seu art. 3º que "o serviço se considera prestado, e o imposto devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador (...)". Esse artigo define que, em regra, o imposto é devido no local do estabelecimento do prestador, mesmo que a prestação do serviço tenha ocorrido em outro município. Entretanto, existem situações previstas em lei onde essa regra não será aplicada (BRASIL, 2003).

Um exemplo dessa situação é a cobrança dos serviços de crédito, leasing e planos de saúde, que com o advento da LC nº 157/2016, passaram a recolher o ISSQN no local onde o serviço é prestado.

Nesse contexto, ainda há um outro ponto, a distinção estabelecida pelo STJ entre a atividade meio e a atividade fim, onde através do REsp nº 1.251.753/ES, apenas a atividade fim integra a materialidade para fins de incidência do ISSQN.

Esse é um assunto complexo na tributação do ISSQN, e mesmo que o entendimento seja de que o imposto é devido no local do estabelecimento do prestador, ainda existem diversas questões a serem dirimidas em Lei Complementar e também julgadas pelo Tribunal Superior de Justiça.

3.2.3. Base de Cálculo e Alíquota

Compreende-se como base de cálculo do ISSQN o preço do serviço prestado, tendo como parâmetro a receita bruta mensal da prestação do serviço. Quando a prestação do serviço acontecer em mais de um município, a base de cálculo será proporcional, de acordo, por exemplo, da extensão da ferrovia, rodovia, condutos e dutos de qualquer natureza, número de postes, entre outros (FILHO; GARCIA, 2020).

No que diz respeito à base de cálculo do ISSQN, primeiramente foi definido pelo Decreto Lei nº 406/68 que a base de cálculo do imposto seria o preço do serviço, que incluía todos os valores englobados no serviço, como os materiais e os valores das subempreitadas. Porém a Lei Complementar 116/03, nos artigos 7º, parágrafo 2º e inciso I estabeleceu que não se inclui na base de cálculo valor de materiais fornecidos pelo prestador do serviço (BRASIL, 1968).

Para as empresas prestadoras de serviço com a predominância de mão-de-obra, a base de cálculo do ISSQN é o valor integral que a empresa recebe pelo recrutamento, agenciamento e administração de pessoal, sem a inclusão das remunerações pagas aos trabalhadores referentes aos encargos sociais e trabalhistas, sendo este o valor bruto do serviço (FILHO; GARCIA, 2020).

Para os serviços prestados por autônomos ou sociedades uni profissionais, a base de cálculo não é o preço do serviço, mas sim um valor fixo anual.

A alíquota é a grandeza que irá incidir sobre a base de cálculo da prestação do serviço. Em outras palavras, Sabbag (2016) define "a alíquota é a percentual relação entre a quantificação do fato gerador e o tributo correspondente".

Para evitar a guerra fiscal, o legislador constituinte estabeleceu alíquotas máximas e mínimas que podem ser cobradas pelos municípios, e conforme preceitua o art. 156 da Constituição Federal de 1988, elas deverão ser estabelecidas através de Lei Complementar.

A Lei Complementar 116/2003 estabeleceu em seu inciso II do artigo 8º que a alíquota máxima será de 5%, e a Lei Complementar 157/2016 introduziu ao artigo 8º que o percentual mínimo será de 2%.(BRASIL, 2003).

3.3. O ICMS (IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS)

O ICMS é o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação. Ele é de competência dos Estados e do Distrito Federal. Sua regulamentação está prevista na Lei Complementar 87/1996 (BRASIL, 1996).

O recolhimento do ICMS é obrigatório a partir do momento em que o fato gerador é praticado, seja ele: a circulação das mercadorias, a prestação de serviços de transporte interestadual e municipal e a prestação de serviços de comunicação.

Quando se trata de circulação de mercadorias, para facilitar o entendimento, os termos são divididos. Em primeiro lugar, analisamos a "circulação", que se destaca por mudanças na titularidade legal dos bens, e vale destacar que, de acordo com a súmula nº 166 do STJ, o puro deslocamento físico não significa circulação legal. No segundo plano, será compreendida a "mercadoria" que pode ser tanto bem ou coisa móvel, contudo deve-se observar a destinação da mesma, a qual deve ter aptidão ao comércio para fins de ICMS (FILHO; GARCIA, 2020).

A prestação de serviço de transporte intermunicipal (que acontece dentro da mesma unidade federada) e transporte interestadual (entre unidades federadas diferentes) incide a cobrança do ICMS, logo, caracteriza-se como fato gerador do imposto. É importante frisar que esse transporte pode acontecer por qualquer via, de pessoas, bens, valores, mercadorias e serviços. Por outro lado, os serviços de transporte realizados dentro de uma mesma cidade são tributados pelo ISSQN (FILHO; GARCIA, 2020).

Quanto aos serviços de comunicação, a partir da Constituição Federal de 1988 foi definido que mesmo que se iniciem no exterior, estarão sujeitos à tributação do ICMS. Portanto, a disponibilidade de uma série de atividades que possibilitem a oferta do serviço caracteriza a incidência do ICMS. Além disso, os legisladores federais deixaram para a Lei Complementar determinar sob quais circunstâncias o ICMS será cobrado, o que foi feito por meio da LC nº 87/96, que se encontra no inciso III do art. 2º.

3.3.1. Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O sujeito passivo da tributação de ICMS é aquele que arcará com o ônus de pagar o tributo ao Estado. Entretanto, a Constituição Federal não define quem é o contribuinte, cabendo à Lei Complementar estabelecer tal premissa, a qual foi completada pela LC nº

87/96, que dispõe no título do art. 4º “Contribuintes são as pessoas naturais, físicas ou jurídicas que, habitualmente ou em quantidade com intenção comercial, realizem negócios de circulação de mercadorias ou prestem serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que o negócio e as receitas tenham origem no exterior”.

Apesar dessa disposição no artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96, ainda existe a figura do responsável tributário, que são aqueles que não praticaram o fato gerador em si, mas arcarão com o imposto. Portanto, irão atuar diante da responsabilidade tributária progressiva ou adiante, nas situações em que ocorre a antecipação do pagamento do imposto, havendo a presunção de ocorrência do fato gerador (BRASIL, 1996).

3.3.2. O local da tributação do ICMS

O local da tributação é um aspecto fundamental para o Estado, e segundo Campos (2019) “entende-se como lugar competente para o recolhimento do imposto o Estado federado em que houver a circulação de mercadorias ou prestação de serviços”.

Apesar desse entendimento, há situações em que a circulação de mercadorias e a prestação de serviços ultrapassam as barreiras do ente federado de origem. Sendo assim, de acordo com a previsão do inciso II, II, §2º, art. 155, Constituição Federal de 1988, será aplicada a alíquota interestadual, onde caberá ao Estado de localização do destinatário o imposto a que se refere a diferença entre a alíquota interna do Estado destinatário e a alíquota interestadual (BRASIL, 1988).

3.3.3 Base de Cálculo e Alíquota

A base de cálculo do ICMS pode ser compreendida, em regra, como o valor de operação para fins de cálculo da quantia devida do imposto, quando se tratar de circulação de mercadorias. Porém, se referindo aos serviços de transportes interurbanos e interestadual e os de comunicação, a base de cálculo será o preço do serviço. Além disso, não há cumulatividade de ICMS e IPI quando existe a caracterização do fato gerador dos dois impostos, devendo ser aplicado apenas o último, conforme definido no §2, do art. 13º da LC 87/93.

As alíquotas se caracterizam por ser a grandeza que incidirá sobre a base de cálculo. Entretanto, a Constituição Federal não estabeleceu quais valores, porém o §2 do art.155, incisos IV e V13, indicou quem possui competência para tal ação.

Contudo, ainda existem distinções entre alíquotas internas, que são aquelas determinadas pelo Estado, e que se aplicarão a circulação de mercadorias e serviços praticados em seu território, e as alíquotas externas, também conhecidas como

interestaduais, que são definidas pela União e aplicadas nas relações comerciais entre Estados, conforme determinado pela resolução número 22/1989 do Senado Federal.

4 AS ATIVIDADES DE TECNOLOGIA STREAMING NO ÂMBITO JURÍDICO E TRIBUTÁRIO

4.1 ATIVIDADES DE TECNOLOGIA STREAMING E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para entender se a cobrança do ISSQN das plataformas de streaming está de acordo com as diretrizes da Constituição Federal de 1988, é necessário primeiro analisar se existe algum serviço prestado, para então determinar se nessa relação há a obrigação de dar ou de fazer. A fim de esclarecer o entendimento, será feita uma análise da súmula vinculante nº 31 do Supremo Tribunal Federal e as demais jurisprudências deste Tribunal, que confirmam o entendimento atual sobre o assunto (BONOMI, 2021).

Portanto, é necessário revisar os fatos que ensejam a cobrança do ISSQN de acordo com a Constituição Federal de 1988, que determina: “deve existir a prestação de serviços; o serviço prestado não pode ser de transporte público intermunicipal e interestadual e de telecomunicações, e deve haver a previsão de tal serviço no rol de anexos da Lei Complementar”.

Para resolver a questão da incidência ou não do ISSQN, deve-se fazer uma análise do Direito Civil em primeiro plano, e observar como o Código Civil de 2002 trata as obrigações de dar e de fazer.

As obrigações de dar e de fazer estão previstas no art. 233 do Código Civil – Lei 10406/02, onde se caracterizam por haver a passagem de um bem ao adquirente, mesmo que não haja a transferência de propriedade, ou seja, uma mera transmissão de posse de um bem configura-se como obrigação de dar. Portanto, entende-se que na obrigação de dar, o elemento central é a entrega do bem, com ou sem transferência de propriedade, pelo sujeito passivo ao credor da obrigação, onde o objeto a ser entregue é um mero elemento nessa relação (BONOMI, 2021).

Segundo Kiyoshi Harada (2014), “a obrigação de dar constitui-se na entrega de alguma coisa pelo devedor ao credor. Pode efetivar-se na obrigação de dar coisa certa ou na obrigação de dar coisa incerta, geralmente consuma-se com a tradição, ou seja, com a entrega da coisa”.

Já a obrigação de fazer consiste na prática pelo devedor de uma realização de uma tarefa ou um ato em benefício do credor. Decorre do exercício de uma atividade específica, onde há um esforço humano por parte do devedor perante o credor para obter o pagamento. Em suma, não há obrigação de fazer sem existir a presença de esforço

humano. Harada (2004) complementa sobre o assunto: “onde não houver envolvimento de esforço humano, aplicado à produção, não há que se falar em prestação de serviço”.

Ao analisar as atividades desenvolvidas pelas plataformas de streaming, percebe-se que elas são extremamente complexas e requerem mão-de-obra para serem consumidas, pois tais esforços são necessários para a usabilidade do conteúdo, tendo em vista que são celebrados muitos contratos entre os produtores de conteúdo e as empresas que difundirão o mesmo através da tecnologia streaming, além das outras inúmeras atividades que são fundamentais ao funcionamento da empresa (BONOMI, 2021).

Como exposto, existe a presença do esforço humano na estrutura organizacional da empresa, e com base nessa primeira análise superficial, é possível confirmar a incidência do ISSQN sobre os serviços de streaming. Porém, ao analisar a fundo a relação entre a empresa/contratado e o usuário/contratante, constata-se que não há a presença de esforço humano, tendo em vista que para existir o consumo do conteúdo audiovisual pelo usuário não existe a participação de nenhum indivíduo externo, onde é necessário apenas o acesso à plataforma online e escolha do conteúdo desejado para acessar.

Portanto, não constitui uma suposição de incidência de ISSQN. Uma hipótese que evidencia melhor essa constatação seria, se caso as pessoas responsáveis pelo gerenciamento dessas empresas de plataformas de streaming resolvessem fazer uma greve, pode-se afirmar que mesmo com isso, não haveria uma interrupção na disponibilização dos conteúdos, pois os usuários ainda teriam acesso.

Os legisladores, ao acrescentarem a expressão “disponibilizar conteúdo” ao subitem 1.09 da Lista do Anexo LC nº 157/2016, entende-se que somente a disponibilização de conteúdo acarretará na incidência do ISSQN. Portanto, conforme já discutido, constata-se que o simples ato de o fornecer não caracteriza fato gerador do ISSQN, pois não há por parte da empresa nenhum esforço humano. Além disso, é preciso enfatizar que o objetivo dos usuários não é a obtenção do conteúdo, mas sim o acesso a ele, e com isso nota-se a existência de uma obrigação de dar.

4.2 DEFINIÇÃO DE SERVIÇO PARA FINS DE ISSQN

Como já apresentado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 atribuiu competência tributária aos municípios para tributar os serviços através do ISSQN. A Lei Complementar 116/2003, por sua vez, define a tributação sobre “serviços de qualquer natureza”, onde, apesar do termo genérico, os serviços precisam ser estudados a fundo sobre a sua natureza jurídica e tributária, e para serem tributáveis pelo imposto, precisam estar previstos na lista anexa.

Nesse contexto, é importante ressaltar que não estão acobertados os serviços destinados a tributação Estadual, onde Aires Barreto (2009) declara “não poderão incluir atividades que a) não configurem serviço; b) mesmo constituindo serviços, estejam compreendidas na competência dos Estados (...)”.

Discute-se o próprio conceito de serviço passível de incidência do ISSQN. O Supremo Tribunal Federal já pacificou jurisprudência no sentido de que a lista anexa à Lei Complementar 116/03 é taxativa, mas possui uma interpretação ampla. Contudo, é preciso entender a definição de serviço, para que seja possível uma análise mais concreta, com base nos fundamentos constitucionais e da Lei Complementar (BONOMI, 2021).

Segundo os preceitos do art. 110º do Código Tributário Nacional, para fins tributários, o conceito de serviço deve ser equivalente àquele utilizado no direito privado, construído pelo direito civil, e não pelo conceito econômico. Porém, o Código Civil de 2002 não traz nenhuma definição sobre o conceito acerca de serviço, mas sim de prestação de serviço, conforme descrito em seu artigo 594º, “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

Entende-se que a prestação de serviço é realizada por meio de um contrato ajustado entre as partes, e prevê a execução de uma atividade mediante remuneração, onde as partes envolvidas são, os tomadores, que são aqueles que contratam o serviço, e os prestadores, que é a figura de quem executa a obrigação de fazer.

Ainda nesse contexto, Paulo Nader (2015) complementa, “o objeto do contrato pode ser qualquer tipo de serviço, seja material ou imaterial (artigo 594º, Código Civil de 2002) e podem figurar como tomador ou prestador tanto pessoa física quanto pessoa jurídica.

Para que alguma atividade possa ser considerada como “serviço” no quesito de incidência ou não do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza, é necessário analisar três pontos fundamentais: primeiro ponto, a atividade não pode ser de materialidade do ICMS, segundo, a atividade precisa estar prevista na Lei Complementar 116/2003, e o terceiro ponto, a atividade precisa estar prevista na lei municipal estabelecendo a cobrança do imposto sobre a atividade. Contudo, apesar do entendimento da doutrina, não se pode compreender o conceito de “serviços” somente com base nas definições do Direito Privado, tendo em vista que a própria legislação tributária entende que para que o “serviço de qualquer natureza”, seja sujeito à incidência do ISSQN é necessário atender ao três pontos mencionados acima.

Então, entendido o conceito amplo de prestação de serviço sob a ótica da legislação privada, é importante agora entender o que é o serviço decorrente dessa prestação.

Serviço pode ser conceituado como todo o esforço humano prestado em favor de outra pessoa, onde é preciso se atentar aos tipos de serviço que a Lei Complementar aborda. Nesse contexto, é importante ressaltar que nem todo serviço constitui hipótese de incidência tributária uma vez que, além de se caracterizar como serviço, deve-se possuir conteúdo econômico, possibilitando o reconhecimento e dimensão do tributo ali derivado. Eduardo Sabbag (2015) complementa tal raciocínio, “serviços são bens imateriais, de conteúdo econômico, prestado a terceiros”.

Porém, não se pode atribuir ao serviço o conceito somente no aspecto econômico. Aires Barreto (2009) define que “nenhuma valia pode ter alegação de que o ISS incide sobre a venda de serviço, porque este é um conceito econômico. Serviço não se vende; serviço presta-se; faz-se”.

Então, é possível concluir que serviço é uma prestação de conteúdo econômico, que se configura como uma obrigação de fazer, que um indivíduo presta a outrem, sendo sua exigência de competência municipal.

4.3 ATIVIDADES DE TECNOLOGIA STREAMING E A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS

Ainda há outro ponto a ser levantado nesse contexto, que é a comparação feita entre a locação de bens móveis e o conteúdo disponibilizado pelas plataformas de streaming.

Ao se fazer a análise sobre a essência da locação de bens móveis disposto no art. 565º do Código Civil de 2002, constata-se que, para que a mesma ocorra, o bem envolvido deve ser infungível, ou seja, não ser possível a substituição do mesmo por outro igual. Além disso, outro critério relevante para caracterizar a locação é que o item alugado fique na posse do locatário por um determinado período de tempo, o que não acontece na transmissão via streaming, pois o usuário só poderá acessar o conteúdo durante o uso. De acordo com esse entendimento, é impossível incluir os serviços prestados pelas operadoras de streaming no âmbito da locação, visto que as mesmas disponibilizam bens fungíveis, ou seja, bens passíveis de serem substituídos por outro igual.

Embora existam diferenças claras entre a locação e os conteúdos disponibilizados pelas plataformas de streaming, ao se analisar a locação de CD e DVDs em locadoras, nota-se que este tipo de locação não é marcado pela fungibilidade, pois quando o DVD/CDS é locado, não é o objetivo ter o disco para si, mas sim o acesso ao conteúdo audiovisual presente nele, onde o disco se configura como o meio através do qual o conteúdo irá chegar ao usuário.

Com todos os fatos expostos sobre esse contexto, observa-se que o legislador ao inserir o subitem 1.09 na lista de anexos da Lei Complementar nº 157/2016 como hipótese

de incidência de ISSQN não consultou as diretrizes previstas na Constituição Federal de 1988, que ensejam uma obrigação de fazer. Como visto, a “disponibilização de conteúdo” não caracteriza fato gerador de tal obrigação, mas sim de uma obrigação de dar.

4.4 AS PLATAFORMAS DE STREAMING E O POTENCIAL CONFLITO DE COMPETÊNCIAS PARA INSTITUIR A TRIBUTAÇÃO

Com a dificuldade existente de se delimitar a materialidade do ISSQN, somada à nova forma de acessar conteúdos audiovisuais e a dificuldade de se definir a atividade do streaming, já era esperada uma disputa entre os entes da federação pela adequação de consumo ao imposto de sua competência.

A inserção do streaming no âmbito jurídico brasileiro é recente, e tal tema vem sendo muito questionado pelos mais diversos juristas brasileiros. Com o intuito de acompanhar os avanços tecnológicos na última década, o Senador Romero Jucá apresentou o projeto de Lei Complementar nº 366/2013, fazendo alterações à Lei Complementar nº 116/2003, visando a incidência de ISSQN sobre as novas tecnologias, em especial a do streaming que passou a ser difundida nos últimos anos.

O subitem 1.09 da Lei Complementar nº 157/2016 inseriu o streaming na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/03, sob a seguinte redação:

1.09 - Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

A partir da inserção desse novo subitem na lista de serviços da L.C. 116/03, os municípios passaram a ter a permissão de exigir a tributação do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) sobre a disponibilização de conteúdos audiovisuais por meio da internet. Com tal permissão, se fez necessário que os municípios interessados alterassem as suas leis para que ampliassem a lista anexa de serviços, fazendo com que fosse inserido aqueles serviços previsto no subitem 1.09 da L.C. 116/03. Apesar das discussões sobre este preceito, é notório que essa determinação legal agradou demasiadamente os municípios, diante da carência de receitas próprias.

Sobre o texto aprovado, é previsto que essa disponibilização tenha caráter transitório, não se caracterizando como uma venda do conteúdo, portanto, não podendo ser definitiva. Desse modo, assim que o assinante cancelasse a sua assinatura, seus acessos aos conteúdos seriam interrompidos.

Portanto, fica claro que o subitem pretendeu inserir como serviço as atividades que propõem a disponibilização de conteúdos audiovisuais, os serviços de streaming, para que fosse possível a exigência do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) sobre essa atividade.

Diante disso, vale destacar que serviço é o fornecimento do trabalho humano, que possui conteúdo econômico com natureza negocial mediante regime de direito privado, onde não há subordinação, pois não se submete ao regime da consolidação das leis trabalhistas. Conforme explicado por Claudio Carneiro (2018), “prestação de serviço deve ser objeto de uma atividade negocial ou empresarial, não advindo de relação jurídica de emprego, nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho”.

Contudo, vale ressaltar que somente a inclusão do item na lista de serviços da Lei Complementar não autoriza a incidência do ISSQN, pois é necessário que a atividade inserida seja considerada um serviço e que não esteja inclusa nas exceções do artigo 156º, inciso III da Constituição Federal. Complementando, o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça (2008) descreve:

A inclusão na Lista de Serviço de fatos que não configuram prestação de serviço, por afastada a ideia de trabalho, de esforço humano, de um 'facere', afronta o disposto no artigo 156, III da Constituição Federal. É que não importa esteja listado o serviço; importa, sim, se o fato que lá está descrito se caracteriza como tal. A Lista não é critério ou não é o único critério para descrever o fato gerador do ISS, até porque não define o tipo, não conceitua o que seja prestação de serviço (Supremo Tribunal de Justiça, 2008).

Nesse sentido, o Supremo Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o ISSQN não incide em operações que tenham como objetivo a obrigação de dar, ou de entregar. A sua incidência limita-se a obrigação de fazer, vedando o fato gerador a locação de bens móveis. Tal entendimento foi consolidado na súmula 31 do Supremo Tribunal Federal, onde afirma-se que “é inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre operações de locação de bens móveis”.

O Ministro Ricardo Villas Boas do Supremo Tribunal de Justiça afirma que a “transmissão de música por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando novo fato gerador de cobrança de direitos autorais”.

Tal argumento também é defendido por Paulsen, onde expõe que “na realidade as atividades de streaming foram caracterizadas como cessão de direitos autorais”. Portanto, é discutido o aspecto da ilegalidade da tributação do streaming, tendo em vista que o mesmo não pode ser considerado como serviço nos moldes do ISSQN.

Paralelamente, em 5 de outubro de 2017, o Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ publicou o Convênio ICMS nº 106/17, que disciplinou os procedimentos de cobrança de ICMS sobre os chamados bens e mercadorias digitais:

Cláusula primeira. As operações com bens e mercadorias digitais, tais como softwares, programas, jogos eletrônicos, aplicativos, arquivos eletrônicos e congêneres, que sejam padronizados, ainda que tenham sido ou possam ser adaptados, comercializadas por meio de transferência eletrônica de dados observarão as disposições contidas neste convênio. (CONFAZ, 2017)

Os Estados foram autorizados a conceder a redução da base de cálculo no âmbito dessas operações, de forma que a carga tributária indicasse um percentual mínimo de 5% do valor da operação. Nesse contexto, no mesmo ano foi editado o Decreto Estadual de São Paulo, dispondo que o ICMS incidisse sobre softwares via download, streaming ou suporte físico.

Essa edição do Convênio de ICMS despertou uma discussão sobre a cobrança de ICMS sobre o streaming, tratando tal tecnologia não como um serviço, mas sim como mercadoria.

O Estado de São Paulo foi o pioneiro a seguir as disposições do Convênio, editando o Decreto 63.099, de 22 de dezembro de 2017, que prevê a incidência do ICMS sobre “o site ou a plataforma eletrônica que realize a venda ou a disponibilização, ainda que por intermédio de pagamento periódico, de bens e mercadorias digitais mediante transferência eletrônica de dados”.

As ações das autoridades fiscais estaduais e municipais indicam que as entidades estão ansiosas por cobrar impostos a qualquer custo e por qualquer motivo, independentemente da verdadeira natureza jurídica da tecnologia e da verificação das previsões e restrições impostas pela Constituição.

4.5 A ATUAL TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE STREAMING NO BRASIL

Com a chegada de plataformas de tecnologia streaming e a grande adesão de usuários conquistados no Brasil, o que impactou fortemente nas receitas do país, o legislador brasileiro buscou meios que tornassem possível a tributação dessas atividades.

Em 10 de setembro de 2015, a Câmara dos Deputados aprovou um projeto base que visava a ampliação do escopo do ISSQN para as empresas prestadoras de serviços de streaming, e o promoveu com o apelido de “Imposto Netflix”. Posteriormente, o projeto foi aprovado no Senado Federal com maior margem, sendo aprovado pelo Presidente da República no final de 2016.

O texto enfatiza a intenção explícita do legislador de modernizar a lista de serviços tributáveis por meio do ISSQN, introduzindo várias atividades relacionadas com a cibernética, como acesso a redes de computadores, computação em nuvem, disponibilização de conteúdos e aplicativos em página eletrônica, a cessão temporária de arquivos e a hospedagem de dados.

O legislador considerou os serviços de transmissão de música, seriados e filmes online fornecidos por empresas como Netflix e Spotify como uma prestação de serviço efetiva, em que existe a obrigação de fazer. Porém, no caso dos serviços mencionados, há a presença da obrigação de dar, onde essas empresas são apenas as cedentes dos direitos autorais adquirido por elas, ou seja, apenas armazenam o conteúdo e os transferem para o consumidor por um determinado tempo.

Esse entendimento se assemelha ao conteúdo baseado na súmula vinculante 31 do Supremo Tribunal Federal, que impede a incidência de tributos municipais sobre VHS, aluguel de filmes em DVD, aluguel de cartuchos e discos com jogos de videogame e outras demais locações de bens móveis. Embora o legislador tenha concedido a esses tipos de serviços caráter que comportam obrigação de fazer, e o Presidente da República tenha confirmado esta qualificação e aprovado a Lei Complementar n.º 157/16, após cuidadosa observação, verificou-se que o tratamento jurídico concedido aos "serviços de streaming" era inconsistente.

Contudo, é importante analisar mais a fundo se o fornecimento de conteúdo audiovisual através das plataformas de streaming se configuram realmente como prestação de serviço, tendo em vista que somente a inclusão dessa atividade no rol de serviços da lista anexa da Lei Complementar não são suficientes para legitimar a tributação do serviço.

4.6 PLATAFORMAS DE STREAMING E A RELAÇÃO COM A CESSÃO DE DIREITOS DE USO

A partir da análise dos fatos expostos até o momento, constata-se que a Lei Complementar nº 157/2016 não observou as disposições da Constituição e também a conceituação jurídica de serviço ao criar o subitem 1.09 da lista de anexos, pois, como já abordado, considerou a atividade desenvolvida pelas plataformas de streaming como prestação de serviços.

Não somente a Lei Complementar conceituou equivocadamente a atividade fornecida pelas plataformas de streaming, a ANCINE (Agência Nacional do Cinema) também a conceituou como prestadora de serviços, onde se pode observar através da IN nº 104/2012, "conjunto de atividades encadeadas, realizadas por um ou vários agentes econômicos, necessárias à prestação dos serviços de oferta (...)"

Embora a ANCINE e a Lei Complementar entenderem que a disseminação de conteúdo por meio da tecnologia streaming está configurada como prestação de serviços, quando realizamos uma análise jurídica desse entendimento, observamos uma série de erros, pois os “serviços” prestados pela tecnologia de streaming são adequados apenas para o conceito econômico de serviço, mas para fins jurídicos, devemos nos ater a noção jurídica da palavra. Além disso, quando os usuários desejam acessar a plataforma, não há uma ação direta que configure um esforço humano, assim descaracterizando a prestação de serviço, aos moldes concebidos pela Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002.

Diante do exposto, podemos afirmar que não é possível caracterizar a veiculação de conteúdo via streaming como uma prestação de serviço e nem como locação de bens móveis, embora haja grande semelhança entre as atividades mencionadas.

Portanto, afirma-se que a correta classificação para a atividade seria “cessão de uso de direito” pois o usuário ao utilizar essa tecnologia, não fica em posse do conteúdo por um período de tempo, como acontece na locação, mas somente durante o momento em que está utilizando da mídia.

Existe uma semelhança muito grande entre a locação e a cessão de direito de uso. A cessão de direito de uso tem como principal característica a obrigação de dar, e no caso em questão, a empresa detentora do conteúdo a ser difundido por meio da tecnologia streaming terá que ceder ao usuário acesso à mídia desejada.

Para reforçar ainda mais esse argumento, temos a seguinte comparação: Se o usuário da plataforma de streaming não conseguir acessar o conteúdo, mesmo estando em dia com a mensalidade do dispositivo, ele ainda pode entrar com uma ação no judiciário pleitando o fornecimento do conteúdo, e nesse contexto se configura uma obrigação de dar, uma vez que a restrição de acesso não aconteceu por ausência de esforço humano. Caso fosse esse o motivo, deveria se ajuizar com uma ação de obrigação de fazer.

Fortalecendo ainda mais o entendimento estabelecido até o momento, é possível comparar o conteúdo difundido via streaming com os softwares, levando-se em conta as semelhanças existentes. De acordo com Leonardo Moraes e Castro (2021), O software é dividido em duas categorias, os softwares conhecidos como os de prateleira, que são aqueles que não foram criados para atender somente as necessidades de uma única pessoa, e os personalizados, que foram criados exclusivamente para atender os desejos de um usuário específico. O primeiro mencionado está sujeito à incidência de ICMS, pois configura nesse contexto a obrigação de dar, e o segundo está sujeito à incidência do ISSQN, pois se aplica uma obrigação de fazer.

Os chamados “softwares de prateleiras”, pois os conteúdos dessas plataformas não foram desenvolvidos especificamente para uma pessoa, portanto, configura-se uma obrigação de dar, que está sujeita a incidência do ICMS.

Por fim, diante de todos os argumentos apresentados, conclui-se que as atividades desenvolvidas pelas empresas difusoras da tecnologia streaming caracterizam-se como cessão de direito de uso, em conjunto com a obrigação de dar. Portanto, constata-se que a inclusão dessa atividade no subitem 1.09 do rol de anexos da Lei Complementar nº 157/2016 para a incidência do ISSQN sobre essas atividades viola a Constituição Federal, e deve ser declarada a inconstitucionalidade de tal dispositivo.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento tecnológico testemunhado nos últimos anos apresenta-se como um grande desafio para os mais diversos campos jurídicos, de forma que conceitos e critérios clássicos utilizados por esse ordenamento às vezes não são suficientes para legislar sobre a crescente economia digital. Tendo em vista o potencial de receitas que essas novas empresas representam, a legislação tributária não pode permanecer inerte, sendo necessária a adaptação à nova realidade.

Tendo em vista o crescimento do comércio de bens virtuais, principalmente da evolução das diferentes modalidades de software, para ser possível definir a incidência de tributos de forma adequada sobre essas atividades, é necessário primeiramente entender qual a natureza e funcionalidade desse tipo de software, para assim poder compreender se ele poderá ser enquadrado como serviço ou como mercadoria.

Foi apresentado no presente artigo que uma das principais fontes de arrecadação dos municípios são as receitas advindas do ISSQN, e com o advento da Lei Complementar nº 157/2016, que inseriu o subitem 1.09 ao rol de atividades sujeitas a tributação do ISSQN, as atividades executadas pelas plataformas que utilizam da tecnologia streaming foram definidas como prestação de serviço e conseqüentemente sujeitas a essa tributação.

Portanto, observou-se que os legisladores federais, ao incluírem a cessão de direitos de uso na lista de serviços tributados pelo ISSQN, não obedeceram a natureza jurídica da mesma, e assim ocorreu com a denominação dessas atividades como prestação de serviços. Reforçando que, quando se trata de prestação de serviço, sempre existirá uma obrigação de fazer, ou seja, será necessário um esforço humano para a entrega dessa atividade. Porém, ao analisar a cessão dos direitos de uso, percebe-se que não se trata de uma obrigação de fazer, pois não existe a intervenção imediata de trabalho humano para a entrega do conteúdo ao usuário dessas plataformas.

A incidência do ISSQN sobre a cessão de direitos de uso manifesta uma violação à Constituição Federal, pelo fato de não estar havendo uma observância do conceito de serviço adotada por esse dispositivo legal.

Também foi apresentado nesse trabalho a descaracterização da comparação entre locação e cessão de direito de uso, pois a locação se caracteriza pelo fato de que o indivíduo fica na posse daquilo por um período de tempo significativo, enquanto na cessão de direito de uso o lapso temporal é muito curto, durando somente pelo tempo em que o usuário faz o uso do conteúdo da plataforma. Portanto, essa comparação não pode ser feita, já que o modo de operação de ambos é distinto.

Para a maioria das cidades brasileiras, as tentativas de adequação da tecnologia streaming às regras tributárias do Imposto de Serviços sobre Qualquer Natureza apresentam-se como ineficiente, pois não abrigam em seus territórios os estabelecimentos das grandes empresas, mas sim os consumidores de conteúdo por elas ofertado. Ao determinar a regra geral de determinação do aspecto espacial de incidência do ISSQN, a cobrança do tributo dessas atividades leva à concentração da arrecadação nas localidades onde estão as sedes das companhias estrangeiras.

Contudo, firmou-se no decorrer desse trabalho o entendimento de que a incidência do ISSQN sobre as plataformas de streaming viola a Constituição Federal, portanto a cobrança do imposto se configura como inconstitucional. Por isso, cabe ao Supremo Tribunal Federal declarar essa inconstitucionalidade, e em seguida, providenciar a edição da Lei Complementar, para que incida o correto imposto sobre essas atividades, que é o ICMS, já que a cessão de direitos de uso equipara-se a obrigação de dar, e com isso, respeitando-se o ordenamento jurídico brasileiro.

Esse tema é relativamente novo para os entendimentos legislativos brasileiros, embora já exista uma forma de entendimento mais aprofundada em outros países que já utilizam essa ferramenta. A verificação sobre a incidência de tributos sobre os serviços digitais ainda se apresentar de forma ultrapassada sendo necessário um melhor aprimoramento desses entendimentos no âmbito legislativo brasileiro, para assim proporcionar uma forma de tributar mais justa e eficaz.

A disseminação do conhecimento é condição primordial para um mundo mais justo e igualitário. Uma das formas de se obter conhecimento é por meio de ferramentas de tecnologia streaming, que auxiliam o consumidor a acessar de forma rápida e eficaz o conteúdo desejado onde, mesmo considerando a carga tributária, ainda assim possui o preço mais acessível do que os meios de consumo tradicionais. Além disso, vale mencionar o fato dessa tecnologia não agredir o meio ambiente, tendo em vista que não utiliza de meios físicos para a sua utilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Denilson Lucas Paiva de. Plataformas de streaming: incidência de ICMS ou ISS, 2018. Disponível em: <http://repositorio.cesupa.br:8080/jspui/handle/prefix/66>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional da parafiscalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 86, p. 16-33, 1966.

ÁVILA, Humberto. Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza. Contrato de Leasing Financeiro. Decisão do Supremo Tribunal Federal. Local da Prestação e Base de Cálculo. **Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo: Dialética**, n. 182, p. 133.

BONOMI, Luana Sbeghen. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA TRIBUTAÇÃO DA TECNOLOGIA DE STREAMING. **RDT Atual**, n. 47, p. 368-392, 2021. BONOMI, Luana Sbeghen. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA NA TRIBUTAÇÃO DA TECNOLOGIA DE STREAMING. **RDT Atual**, n. 47, p. 368-392, 2021.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 406, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1968**. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm Acesso em 01 out 2021.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 01 out 2021.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 116, DE 31 DE JULHO DE 2003**. Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996**. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm Acesso em 01 out 2021

BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm Acesso em 01 out 2021.

CAMPOS, Leonardo Nuñez. Competência tributária. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 138, p. 83-94, 2019. Disponível em <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/76> Acesso em 01 out 2021

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. Saraiva Educação SA, 2018.

DE OLIVEIRA, Iara Regina Lice et al. A SEGUIR, EM NOSSA PROGRAMAÇÃO: "Baseado em Fatos Surreais, a linguagem de podcasts em tecnologia streaming". **Revista Eletrônica de Letras**, v. 13, n. 1, 2020.

ERNESTO, Rayanne Larissa Nóbrega; CORDEIRO, Glauber de Lucena. UMA ANÁLISE JURÍDICA TRIBUTÁRIA SOBRE TRIBUTAÇÃO EM SERVIÇOS DE STREAMING DE DADOS, 2019. Disponível em: <https://bdtcc.unipe.edu.br/publications/uma-analise-juridica-tributaria-sobre-tributacao-em-servicos-de-streaming-de-dados-rayanne-larissa-nobrega-ernesto/> Acesso em: 27 de set. de 2021.

FILHO, Eduardo Mamed Abdalla; GARCIA, Silvio Marques. A TRIBUTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE STREAMING, 2020. Disponível em: <http://revista.direitofranca.br/index.php/icfdf/article/view/1087/pdf>. Acesso em: 27 de set. de 2021.

Fita cassete completa 50 anos; veja o que mudou em cinco décadas. Tech Tudo, 2013. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2013/09/fita-cassete-completa-50-anos-veja-o-que-mudou-em-cinco-decadas.html>. Acesso em: 27 de set. de 2021.

JÚNIOR, Jânio Fernandes Monteiro; DA SILVA, Bruno Miola. Análise da incidência do ISS sobre a tecnologia streaming. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 143, p. 159-178, 2020.

JUNIOR, Jânio Fernandes Monteiro; SILVA, Bruno Miola da. Análise da incidência do ISS sobre a tecnologia streaming, 2020. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/228> . Acesso em: 27 de set. de 2021.

LINHARES, Jonathan Lopes de Santana. Da inconstitucionalidade tributária dos serviços de streaming, 2018. Disponível em: <https://rtrib.abdt.org.br/index.php/rftp/article/view/228>. Acesso em: 28 de set. de 2021.

MACEDO, Beatriz Carneiro Rios. Conflito de Competência na Tributação de Streaming no Brasil, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/25782>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

MARIA, Lorena do Nascimento Barbosa. Tributação do Netflix: a (in) constitucionalidade da incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza-ISS sobre os serviços de streaming. **FIBRA Lex**, n. 3, 2018.

SEABRA, Daniela Iglesias. Incidência de iss sobre streaming – da (in)constitucionalidade do subitem 1.09 da lei complementar nº157/16, 2019. Disponível em: <https://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20032>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

SILVA, Alexandro Mota da. Jornalismo Live Streaming: um estudo das apropriações jornalísticas da tecnologia de transmissão audiovisual ao vivo no Facebook. 2019.

SOUZA, Sâmara Roger. Tributação das plataformas de streaming, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br:9443/jspui/handle/123456789/13036>. Acesso em: 29 de set. de 2021.

TARGINO, Matheus Mesgrael Soares; DE MEDEIROS, Mariana Caroline Moura. A TRIBUTAÇÃO SOBRE A TECNOLOGIA DE STREAMING À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. **Revista FIDES**, v. 11, n. 1, 2020.

TARGINO, Matheus Mesgrael Soares; MEDEIROS, Mariana Caroline Moura de, 2016. Disponível em: <http://revistafides.ufrn.br/index.php/br/article/view/478>. Acesso em: 30 de set. de 2021.