

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1109

(Ano XIV)

(20/08/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

## Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)

[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

QR code do Volume 1109



**Boletim Conteúdo Jurídico.**

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1109, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 515 f.

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

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

## SUMÁRIO

### COLUNA



**O estupro, o aborto e a mentira**  
*Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.*

### ARTIGOS

**Um primeiro olhar ao enquadramento normativo da Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel) ao mundo dos fatos.**

*Paula Naves Brigagão, 16.*

**Regularização Fundiária**

*Sandro Vescovi Mozer Barbosa, 38.*

**Controle pelos tribunais de contas de contratos e parcerias em oportunidades de negócio celebrados por empresas estatais**

*Marcela Volponi Xavier de Sá Santos, 56.*

**A prescrição da infração à ordem econômica de cartel à luz da semiótica e tipicidade**

*Rodrigo França Vianna, 80.*

**Direito a sobreviver: a judicialização de leitos de UTI durante a pandemia de covid-19 no Amazonas**

*Victoria Elisa da Silva Jalkh, 112.*

**O cabimento da tutela Inibitória na Justiça Desportiva: a limitação da eficácia da Medida Inominada para fins de inibição e remoção do ilícito sob o olhar do culturalismo e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale.**

*Fernanda Cristina Santos Soares, 128.*

**Travas bancárias na recuperação judicial: liberação em prol da preservação da empresa**

*Karla Cristina Maneta Ferreira, 150.*

**Tribunal do Júri: da (in)constitucionalidade e da (in)convencionalidade da execução antecipada da pena**

*Luis Paulo Rocha Cardoso, 167.*

**Constelação familiar: definição e sua introdução como método alternativo na resolução de conflitos no judiciário brasileiro**

*Paulo Robson Marta da Silva, et al., 198*

**Controle judicial da constituição financeira à luz da vedação ao retrocesso social: a eficácia do direito à saúde na Adi 5595**

*Vinicius Bianchi Carvalho, 206.*

**Concepções clássicas de Justiça**

*Ney Costa Alcantara de Oliveira Filho, 223.*

**Análise comparativa dos regimes jurídicos das férias à luz da CLT e da Lei nº 8.112/90**

*Marta Helena Castro Alves, 228.*

**A acareação no processo penal e ônus da prova: A influência da retificação de depoimento de vítima de violência doméstica**

*Mirian Rodrigues Bonifácio Cardoso e Peron Apolinário Cardoso de Oliveira, 240.*

**Direitos do nascituro e os direitos reprodutivos da mulher: quando os princípios entram em rota de colisão**

*Vitor Souza da Silva, 253.*

**Contratos de troca ou permuta sob a perspectiva do Direito Civil**

*Lucas Fernandes de Moraes Vidovix e Rônison Aparecido dos Santos, 268.*

**A nova competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional Nº 45/2004**

*Ney Costa Alcantara de Oliveira Filho, 276.*

**Securitização de ativos públicos: estrutura, natureza jurídica e impacto intergeracional**

*Vinicius Bianchi Carvalho, 283.*

**A pena de multa no Direito Penal: Repercussões jurisprudências e fundamentos para afastar o estigma**

*Luis Paulo Rocha Cardoso, 328.*

**A submissão do direito comercial ao capital: uma análise de Pachukanis ao Neoliberalismo**

*Edgard Paiva de Carvalho Junior, 340.*

**Opinião pública: seus sujeitos, sua cor**

*Wagner Vinicius de Oliveira, 353.*

**Eutanásia: direito à vida ou à liberdade individual?**

*Beatriz Pope de Souza, 358.*

**Sistemas Regionais de Direitos Humanos: Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**

*Katia Gomes da Silva, et al, 371.*

**A doação de órgãos e tecidos no Brasil à luz da Lei 9.434/1997**

*Fernando Gabriel Pinheiro Garcia, 390.*

**Da importância da prova emprestada no processo do trabalho: a integração perfeita entre o CPC e a CLT**

*Sara Fraga Alves, 399.*

**Direito das obrigações: das obrigações de dar coisa certa**

*Rônison Aparecido dos Santos, et al., 422.*

**A importância da identificação criminal como meio de garantir a liberdade em prisões indevidas**

*Rildo Fukuyoshi Watanabe, 436.*

**Análise dos artigos 4º e 14º da Medida Provisória 927/2020, editada no cenário da pandemia do covid-19, e as consequências na esfera trabalhista na perspectiva do teletrabalho**

*Fernando Tandelli, 449.*

**A criminalização da homofobia: uma análise da ADO 26/STF**

*Carlos Henrique Chagas Apolinário, 463.*

**Evolução histórica do direito processual civil e do princípio do juiz natural**

*Katia Gomes da Silva, et al., 4793*

**O assédio sexual na era digital**

*Mariana Alves Menezes Neves e Andreyanna Lopes Azevedo, 493.*

## **O ESTUPRO, O ABORTO E A MENTIRA**

**EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

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

### **1. A NARRATIVA INICIAL**

Por toda a grande mídia e redes sociais foi reverberado que uma menina de 11 anos teria sido vítima de estupro por um adulto e ficado grávida. A gravidez estaria já avançada (7 meses) e os representantes legais da menor pretenderiam realizar, mediante ordem judicial, um aborto devido à prenhez ser resultado de estupro.

A narrativa pretendia esboçar um quadro de violência sexual contra uma criança do sexo feminino e fundamentar a prática abortiva no disposto no artigo 128, II, CP.

Uma juíza de direito agiu com cautela e estudava o caso, bem como procurava conceder a devida proteção integral à criança, sendo alvo dos costumeiros ataques destrutivos de reputação, como se fosse uma torturadora.

Com o afastamento da juíza do caso devido a uma promoção administrativa, rapidamente e com base na narrativa acima mencionada, foi perpetrada a morte da criança nascitura.

### **2. A VERDADE OCULTA**

Acontece que, na realidade, não se tratava de uma criança de 11 anos que teria sido estuprada violentamente por um adulto e engravidado.

Apurou-se que a menina de 11 anos manteve relações sexuais consensuais com um namorado de 13 anos e foi disso que resultou a gravidez enfocada. A própria família dos menores sabia do relacionamento.

O quadro inicial pintado com cores dramáticas não passava de uma farsa sórdida para fins ideológico – midiáticos.

### **3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL?**

É sabido que manter conjunção carnal com pessoa menor de 14 anos, ainda que de forma consensual, configura o crime de “Estupro de Vulnerável”, conforme artigo 217 – A, CP.

O caso concreto, porém, tem suas especificidades.

Em primeiro lugar foram condutas praticadas por uma criança (menina de 11 anos) e um adolescente (menino de 13 anos), de forma que se trata de um “Ato Infracional” assimilado a “Estupro de Vulnerável” (inteligência dos artigos 1º. e 2º. c/c 103 a 105 da Lei 8.069/90 – ECA).

Seja como for, a terminologia do Estatuto da Criança e do Adolescente não passa de um recurso eufemístico, de maneira que o que aconteceu entre os menores foi o que a doutrina veio a chamar de “Estupro Bilateral”. 1 Significa dizer que a menina manteve conjunção carnal com um menino de 13 anos (menor de 14) e, portanto, cometeu contra ele “Estupro de Vulnerável” na forma de “Ato Infracional”. Doutra banda, o menino, concomitantemente, praticou conjunção carnal com uma menina de 11 anos (também menor de 14), cometendo, assim, contra ela, o mesmo delito de “Estupro de Vulnerável” na forma de “Ato Infracional”.

O absurdo da situação é nítido. Ambos estariam estuprando e sendo estuprados ao mesmo tempo! Abusando e sendo abusados sexualmente de forma cruzada!

Os exemplos poderiam se multiplicar e demonstrariam o contrassenso ou a falta de bom senso de certas responsabilizações infracionais acaso a legislação seja aplicada de forma inflexível. Nas palavras de João Batista Costa Saraiva: “em matéria de relacionamento sexual entre adolescentes, a regra do artigo 217 - A, CP exagera em face da realidade do país e de nossa adolescência, podendo criminalizar a conduta de muitos adolescentes e pré-adolescentes na descoberta de sua sexualidade”. 2 Portanto, urge encontrar uma fórmula capaz de domesticar o excessivo rigor do artigo 217 – A, CP acaso aplicado “dura lex sed lex” para certas situações de supostos atos infracionais que envolvam atos libidinosos consensuais perpetrados entre crianças e/ou adolescentes de idades próximas ou idênticas, normalmente envolvidos em relacionamentos amorosos.

É bem verdade que a legislação em si não apresenta uma solução adequada para tais circunstâncias. No entanto, é possível encontrar na legislação comparada um caminho

---

1 SALVADOR NETO, Altamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCrim.* N. 202, set., 2009, p. 8 – 9.

2 SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. *Boletim IBCCrim.* n. 205, dez., 2009, p. 12



de abrandamento do rigor legal bem lembrado por João Batista Costa Saraiva em artigo publicado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. O referido autor apresenta o precedente da Suprema Corte do Estado da Geórgia, aplicando a chamada “Romeo and Juliet Law”. Ocorre que nos Estados Unidos da América do Norte, em vários Estados, o sexo consentido entre menores de 18 anos é criminalizado. No entanto, com o tempo se verificou que a aplicação pura e simples da norma sobredita conduzia a exageros punitivos, razão pela qual se editou uma legislação visando conter o furor da irracionalidade penal. Tal lei, apelidada de “Romeo and Juliet Law”, afasta a criminalização em todos os casos nos quais os envolvidos não tenham uma diferença de idade superior a cinco anos.<sup>3</sup> Este parâmetro ofertado pela legislação e jurisprudência alienígenas certamente pode servir de base para uma orientação dos operadores do direito na aplicação comedida da regra penal contida no artigo 217-A, CP quando envolva sexo consensual entre menores.

No ECA para casos assim controversos, há a possibilidade de que o Ministério Público conceda a “remissão” como forma de “exclusão do processo”, “atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social” e outros fatores (inteligência do artigo 126, da Lei 8.069/90).

Pode-se dizer que no caso enfocado em que a menina de 11 anos mantém relações sexuais consensuais com seu namorado de 13 anos estamos diante de uma situação na qual seria cabível a opção da remissão a ambos os envolvidos e o afastamento da configuração do “Ato Infracional” assimilado a “Estupro de Vulnerável”, considerando que a tipicidade é meramente formal, não atingindo a necessária lesividade material de qualquer bem jurídico em tutela. Enfim, a conduta, tanto da garota, como do namorado é, ao fim e ao cabo, materialmente atípica. O que equivale a afirmar que, na realidade, não houve estupro algum. E se não houve estupro de qualquer espécie, não há espaço para a prática abortiva supostamente fundada no artigo 128, II, CP.

#### **4. ABORTO E ESTUPRADORA**

Embora não se considere que na verdade ocorreu, para além do campo meramente formal, um “Estupro de Vulnerável” como modalidade de “Ato Infracional” no caso em estudo, apenas “*ad argumentandum tantum*”, se considerarmos válida apenas a tipicidade formal, então a menina seria praticante de “Estupro de Vulnerável” contra o menino na mesma medida que este contra ela, como já visto.

---

<sup>3</sup> Op. Cit. p. 12 – 13.

Assim sendo, ainda que reduzindo a tipicidade indevidamente ao seu aspecto meramente formal, teríamos uma autora de estupro em nome da qual se pleiteia a realização de um aborto devido a gravidez resultante desse mesmo estupro.

Acontece que o aborto pelo qual não se pune a mulher que engravidou é aquele em que ela é a *vítima* do estupro e não a autora.

O aborto não punível somente diz respeito à *gestante vítima de estupro*, jamais àquela que obteve por vontade própria a prática do ato libidinoso de que resultou a prenhez.

Embora realmente a lei em sua literalidade se refira à gravidez que “resulta de estupro” em geral sem fazer distinção entre a mulher como sujeito ativo ou passivo do crime, deve-se considerar o fator histórico que aponta para o fato de que à época da elaboração da norma não havia falar-se na mulher como sujeito ativo do estupro, possibilidade esta somente ensejada pelo advento da Lei 12.015/09. É, assim, trivial a conclusão de que a norma permissiva dirige-se, como sempre se dirigiu, à mulher como vítima e não como autora do estupro.

Entretanto, poder-se-ia acenar com a possibilidade de uma “interpretação progressiva”<sup>4</sup> ou “extensiva” do permissivo legal e, quem sabe, de aplicação de analogia benéfica.

Tais teses devem ser rechaçadas, pois a “interpretação progressiva” ou mesmo “extensiva”, que permitiria a adaptação do velho texto ao novo contexto urdido pela Lei 12.015/09 não parece encontrar abrigo na vontade legislativa. Também não há razão alguma de semelhança que justifique analogia da situação que envolve a mulher vítima de estupro com a da mulher estupradora. Além disso, há também razões de ordem ética e pragmática para vedar o beneplácito legal à mulher infratora.

A “interpretação progressiva” ou “extensiva” infringiria a “mens legis”, vez que jamais se pretendeu na legislação brasileira não punir o aborto advindo de coito desejado pela mulher. A razão de ser do aborto sentimental é o reconhecimento pelo legislador do conflito e do sofrimento psíquico da *vítima* de estupro, daquela que necessitará buscar forças sobre – humanas para vencer a dor de conviver com terríveis lembranças durante a gestação e inclusive após o parto, por toda sua convivência com o filho advindo de uma relação sexual traumática. Não há de forma alguma justificativa para qualquer comiseração semelhante em relação àquela que desejou a relação sexual. Não se pode compreender como um capricho criminoso que ensejou um coito desejado pela mulher poderia dar lugar

---

<sup>4</sup> Cf. CICHOCKI NETO, José. Princípios informativos da interpretação progressiva das leis. *Revista de Direito Civil*. n. 54, out./dez., 1999, p. 99 – 101.

a outro capricho, agora abrigado pela lei, em eliminar a vida intrauterina. Isso seria o cúmulo da banalização do desprezo pela vida humana em sua fase inicial.

Por outro lado, a analogia não se adequa ao caso enfocado. Para a aplicação da analogia são necessários dois requisitos básicos:

a) A inexistência de norma reguladora de determinado caso;

b) A existência de norma reguladora de caso semelhante, a ser analogicamente estendida ao caso lacunoso.

Na situação em pesquisa inexistente lacuna legal. A gravidez resultante de estupro exclui a punibilidade do aborto nos termos do artigo 128, II, CP, referindo-se claramente à mulher – vítima. De outra banda, estabelece a lei para a mulher estuprada um aumento de pena devido à gravidez derivada do estupro, considerando o incremento do “desvalor do resultado” em relação ao homem vitimizado. Não há qualquer norma permissiva prevista para o caso na novel legislação, a qual, aliás, se o quisesse, poderia ter reformulado a redação do artigo 128, II, CP, para abranger as novas possibilidades ensejadas pela Lei 12.015/09. Note-se que os casos estudados não são semelhantes, muito ao reverso, são mesmo contraditórios. Em uma situação trata-se da mulher na condição de vítima, em outra desta na condição de criminosa. Que espécie de analogia é aplicável a tal situação? Admitir que a mulher vítima de estupro aborte é uma coisa absolutamente diversa de admitir que a mulher autora do crime o faça. Neste segundo caso estar-se-ia permitindo que de um ato ilícito se gerasse um benefício para o infrator, o que viola frontalmente os mais mezinhos Princípios Gerais do Direito.

Inclusive sob o prisma ético não seria jamais compreensível que se admitisse ceder a tutela da vida humana intrauterina em prol do simples desejo da criminosa que violou a dignidade e a liberdade sexual de outrem e agora pretende violar também a vida humana para satisfazer seu capricho de não arcar com o ônus de zelar pela futura criança.

É bem verdade que no caso concreto a menina é concomitantemente vítima. Ocorre que não se vislumbra, considerando sua condição de infratora e a relação consensual, qualquer trauma psicológico a justificar uma exclusão de punibilidade. A situação se assemelha ou adequa muito mais a uma ocorrência de gravidez indesejada que nada tem a ver com estupro ou abuso de natureza sexual.

## **5. ABORTO OU HOMICÍDIO?**

É de trivial conhecimento o fato de que enquanto no homicídio há proteção da vida humana extrauterina, no aborto há tutela da mesma vida humana intrauterina, bem

como de que o marco temporal a distinguir um fato típico de outro é o início do parto. A partir do início do parto, a eliminação da vida humana constitui homicídio, antes disso, aborto.

No caso enfocado, a expulsão da criança se dá de forma induzida, de maneira que a diferenciação há que gravitar tão somente no que se refere aos conceitos de vida extra e intrauterina.

Importante é salientar que o conceito de vida intrauterina não é dado por simples critério topográfico, ou seja, o fato de que a criança esteja dentro do ventre materno não é o fator decisivo para que se trate de vida intrauterina. A vida intrauterina é aquela que não tem condições de viabilidade extra – útero. Por outro lado, a vida que já é viável fora do útero, ainda que esteja no alveo materno, já é uma vida extrauterina. Aquele que, ciente dessa condição, se propõe a eliminar uma vida humana extrauterina, age com o elemento subjetivo de homicídio e, objetivamente, mata uma criança e não um “produto da concepção” (ovo, embrião ou feto).

No caso da morte dada à criança em destaque, resultante de toda uma manobra falsificadora, conforme demonstrado, era do conhecimento geral de todos os implicados que se tratava de um ser humano já com 7 meses de gestação, portanto plenamente viável extra – útero. Praticamente qualquer pessoa tem ciência de parentes nascidos nessa fase de desenvolvimento e que tiveram vidas plenas, especialmente no atual estágio de desenvolvimento da medicina. Não é possível alegar que não se sabia que se tratava de uma vida humana já com características extrauterinas, a qual foi dolosamente eliminada naquilo que eufemisticamente se pretende chamar de “aborto tardio”, mas que, na realidade, nada mais é do que um homicídio de um infante.

## **6. CONCLUSÃO**

O lamentável episódio jamais passou de uma abjeta encenação midiática com objetivos ideológicos, inexistindo estupro real e nem mesmo estupro de vulnerável sob o prisma material.

Ainda que se isolasse a tipicidade formal, há que considerar que a menina envolvida também era autora de “estupro de vulnerável”, não sendo abrigada pela excludente de punibilidade com que se acenou desde o início.

Havia ciência dos envolvidos sobre todo esse quadro fantasioso em que apenas se pretendia legitimar a eliminação de uma gravidez indesejada, ainda que se tratando de uma criança já formada e viável extra – útero.

A menina, a criança e sua família foram instrumentalizadas barbaramente e parece que a manobra desonesta e cruel funcionou tão perfeitamente que não se vislumbra a

possibilidade de responsabilização dos implicados por suas condutas imorais e ilegais, inobstante seja isso viável juridicamente. Parece que essas pessoas vão se convencendo, não sem motivos concedidos pela própria sociedade em sua pachorra, de que realmente o brocardo latino que diz que “Mors omnia solvit” (“a morte resolve tudo”) é um imperativo absoluto. Será que algum dia haverá um limite? Será que um Cícero alguma vez indagará a esses Catilina: “Quo usque tandem abutere patientia nostra” (“Até quando vai abusar da nossa paciência”)? Até lá, a morte já não terá dissolvido a tudo e a todos?

#### REFERÊNCIAS

CICHOCKI NETO, José. Princípios informativos da interpretação progressiva das leis. *Revista de Direito Civil*. n. 54, out./dez., p. 99 – 101, 1999.

SALVADOR NETO, Altamiro Velludo. Estupro bilateral: um exemplo limite. *Boletim IBCCrim*. N. 202, set., p. 8 – 9, 2009.

SARAIVA, João Batista Costa. O “depoimento sem dano” e a “Romeo and Juliet Law”. Uma reflexão em face da atribuição da autoria de delitos sexuais por adolescentes e a nova redação do art. 217 do CP. *Boletim IBCCrim*. n. 205, dez., p. 12, 2009.

## UM PRIMEIRO OLHAR AO ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA LEI 14.344/22 (LEI HENRY BOREL) AO MUNDO DOS FATOS.

**PAULA NAVES BRIGAGÃO:** Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.

**Resumo:** O presente trabalho pontua a inovação legislativa operada pela Lei 14.344/22 (Lei Henry Borel) que traz em seu bojo a definição de violência doméstica contra a criança e aos adolescentes, que se espraia pelo Código Penal e pela Legislação Extravagante, com novas causas de aumento de penas e qualificadoras, bem como na inserção de novas figuras penais, com vistas a contemplar uma maior proteção a eles, vulneráveis por natureza. Embora no período de *vacatio legis*, a eficácia social da norma é tema que ultrapassa os meandros de um Direito Penal Simbólico.

**Palavras- Chaves:** violência doméstica – criança – adolescentes – revitimização- proteção legal – Lei 14.344/22.

**Abstract:** The present work points out the legislative innovation operated by Law 14.344/22 (Henry Borel Law) which brings in its core the definition of domestic violence against children and adolescents, which spreads through the Penal Code and the Extravagant Legislation, with new causes of violence. increase in penalties and qualifiers, as well as the insertion of new penal figures, with a view to providing greater protection to them, who are vulnerable by nature. Although in the period of *vacatio legis*, the social effectiveness of the norm is a theme that goes beyond the intricacies of a Symbolic Criminal Law.

**Sumário:** Introdução. 1.1. Contornos da Lei 14.344/22 ao crime de Homicídio (art. 121 do CP). 1.2. Reflexos da Lei 14.344/22 na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal. 1.3. Influxo da Lei Henry Borel na Lei de Execução Penal. 1.4. Incursão da Lei Henry Borel no ECA ( Lei 8.069/90).1.5. Influência da Lei Henry Borel na Lei 13.431/17. 1.6. Crimes tipificados na Lei 14.344/22. Conclusão. Referências Bibliográficas.

### Introdução

A Lei 14.344 nasceu na data do dia 24 de maio do ano de 2022, e, longe de prestar homenagens aos militares de Arma de Infantaria do Exército Brasileiro, apesar da coincidência da data comemorativa, a lei foi mesmo apelidada informalmente de Henry



Borel, reportando-nos ao sensível caso do menino Henry - que teve suprimida a sua vida devido à hemorragia interna - advinda de espancamento em ambiente doméstico, de acordo com dados periciais, até então apresentados mundialmente.

Atente o leitor que, muito embora o legislador não tenha batizado formalmente a Lei com tal nomenclatura, ao Henry se reportou - quando instituiu um dia do ano, qual seja, o dia três de maio, como o marco da violência doméstica contra a criança e ao adolescente - dia, esse, coincidente com a data de aniversário dele, homenageado expressamente, nos termos do art. 27 da Lei 14.344/22.

A comoção social da morte cruel de uma criança tocou o coração dos brasileiros, de um modo geral, e aquele menino acabou por levantar a bandeira de todos os meninos (as) do nosso país, de modo que o legislador, com “olhos de pai e coração de mãe” nos apresentou, na data acima referida, a Lei 14.344/22, a fim de melhor resguardarmos os nossos infantes das mazelas do mundo.

É cediço que a lei, por ela mesma, não é varinha de condão da fada madrinha, a ponto de modificar a realidade fática e social do país, mas, a nós, não restou dúvidas de que o legislador almejou uma prevenção geral negativa e, seja por meio de um Direito Penal Simbólico (resultado de um Direito Penal de Emergência), ou não, estava imbuído de boa intenção quando da elaboração dos trabalhos legislativos ao esculpir de hediondez o crime de homicídio praticado em desfavor de pessoa menor de quatorze anos. Se irá apresentar eficácia social só o tempo dirá....

E, por falar neles, nos trabalhos legislativos, o legislador, imbuído do espírito dos contos da branca de neve e dos sete anões, imitando a rainha-madrastra, que namorava o espelho, voltou-se para o seu próprio e disse a ele mesmo:

“- Espelho, espelho meu, existe realidade de violência e opressão que seja mais sensível do que aquela reportada na Lei Maria da Pena?”. A resposta negativa se impôs!

Lei Maria da Pena? Como assim? Não estamos falando de crianças? A resposta é positiva. Mas também, de igual modo, estamos conversando de violência doméstica e a violência é uma só, em qualquer lugar do mundo, de modo que inspirado nas premissas que o embasaram a redigir a Lei Maria da Pena, o legislador assim o fez quando da elaboração da Lei do Menino Henry Borel.

Voltemos os nossos olhos e sentidos para ela!

### **1.1 Contornos da Lei 14.344/22 ao crime de Homicídio (art. 121 do CP).**

Na vida como ela é Dona Crecineide nunca desejou ser mãe. Sempre alardeou a todos que se tornou mãe por um infeliz acidente do destino. Dia desses (data de hoje, qual seja: 04/06/22) resolveu dar cabo da criança, seu filho, espancando-o e, logo após, amarrando-o no pé de goiaba de sua fazenda. A criança veio a óbito dois dias depois. A pergunta que não quer calar é a seguinte:

Dona Crecineide responderá criminalmente por sua conduta nos termos da Lei 14.344/22?

A resposta é parcialmente negativa, com algumas adaptações ao caso da vida real. E, para tanto, se fazem necessárias algumas análises acerca de lições de Direito Intertemporal, bem como noções acerca da natureza híbrida das normas.

Isso porque a Lei 14.344/22 publicada em 24 de maio de dois mil e vinte e dois não entrou em vigor na data de sua publicação. Entrará em vigor no lapso temporal de quarenta e cinco dias. Lei em período de *vacatio legis* ainda não produz efeitos, por ser despida força cogente e nua em eficácia. Sendo *novatio legis in pejus*, as suas disposições só encontrarão adequação típica nas condutas praticadas após 45 (quarenta e cinco) dias, no caso, após 08 de julho do presente ano. É o Direito Penal Intertemporal que assim nos ensina.

Mas, claro, no caso concreto acima descrito, restou patente a conduta de homicídio qualificado pelo meio cruel (art. 121, parágrafo segundo, inciso terceiro), crime hediondo, de igual modo.

Dona Crecineide não ficará sem a resposta do Direito Penal, apenas, a ela, não poderá ser aplicada a Lei 14.344/22 que deu o contorno de qualificadora ao artigo 121, parágrafo segundo, inciso nono ao art. 121 do CP, acrescido da causa de aumento da pena no parágrafo segundo em 2/3 por ter o sujeito ativo do crime um ascendente, sob pena de macularmos o princípio da irretroatividade da lei gravosa (a lei penal não retroage, salvo para beneficiar o réu), consectário do princípio da legalidade e, gostemos ou não, direito fundamental dela e de todos nós! Uma "carta na manga" que todo cidadão possui contra as arbitrariedades, porventura cometidas, contra os atos do Poder Público. *Dura lex sed lex!*

Vale destacar que em período pretérito a edição da Lei 14.344/22, em caso similar ao por nós narrado, em que a genitora golpeou com uma furadeira o seu filho, criança, com apenas quatro anos de idade, acarretando-lhe o rompimento do baço, pelo único fato de a criança, por descuido, ter pisoteado nas fezes de um cachorro, o Superior Tribunal de Justiça, considerando o homicídio tentado qualificado pelo meio cruel, assim o fez para fundamentar a prisão preventiva, na faceta da necessidade de se garantir a instrução criminal. Confira o leitor trecho do julgado:



HC: 422140 RS.

EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO, PRATICADO, EM TESE, CONTRA O PRÓPRIO FILHO, DE 4 ANOS DE IDADE. MAUS ANTECEDENTES. TEMOR DAS TESTEMUNHAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício. 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. Mostra-se devidamente fundamentada a prisão preventiva em hipótese na qual o Tribunal a quo, ao dar provimento a recurso em sentido estrito ministerial, destacou a periculosidade do acusado, evidenciada pela violência e desproporção do delito imputado, consistente em golpear com uma furadeira o seu filho de apenas 4 anos de idade, com tal ímpeto que provocou-lhe o rompimento do baço, sendo que o ato foi motivado pelo simples fato de que a criança havia pisado nas fezes de um cachorro. 4. Por outro lado, é de se notar que os antecedentes criminais do acusado reforçam os indícios de sua personalidade violenta, uma vez que ostenta inquéritos por supostos crimes praticados em âmbito doméstico, uso de entorpecentes, furto tentado, estupro de vulnerável tentado e resistência. 5. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, muito embora não possam exasperar a pena-base, a teor da Súmula 444/STJ, constituem elementos aptos a revelar o efetivo

risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva (RHC n. 68550/RN, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 31/3/2016).<sup>6</sup> A prisão encontra justificativa também na necessidade de garantir a escorreita instrução criminal, uma vez que as testemunhas revelam temor em relação ao acusado - circunstância relatada espontaneamente pela avó da criança, e reforçada pela apresentação de versão desconectada dos fatos pela esposa do acusado.  
7. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.<sup>8</sup> Ordem não conhecida.

Há que se destacar, entretanto, que a tipificação penal de Crecineide não poderá estar abarcada pelo novo diploma normativo, por representar direito penal material e estar atrelada ao seu direito fundamental de liberdade.

Contudo, a nova lei no que toca ao aspecto processual penal obedece ao princípio do isolamento dos atos processuais e aplicação imediata, ou seja, o tempo rege o ato. Base legal: art. 2º do CPP.

Ilustrativamente, se a nossa mãe desalmada Crecineide, após espancar o seu filho e amarrá-lo ao pé de goiaba, não consegue ceifar-lhe a vida, devido ao fato de um vizinho, da fazenda ao lado, ter desamarrado a criança, e, note o leitor, mesmo tendo sido a conduta de Crecineide praticada antes da entrada em vigor da lei, após o período de *vacatio legis*, Crecineide poderá ter contra si (após a vigência normativa) um medida protetiva de urgência, qual seja, o afastamento de sua pessoa para com a criança - do lar de convivência, para o bem e resguardo da própria criança. O foco aqui é a criança e não a mãe! Isso porque as medidas cautelares ostentam a natureza jurídica de normas processuais penais genuínas e a elas não se aplicam o princípio da irretroatividade da lei gravosa, mas o princípio da imediatidade, nos termos do art. 2º do CPP. É a nossa posição!

Logo, o leitor deve tomar em conta que a resposta quanto à incidência da Lei Henry Borel a fatos pretéritos a sua entrada em vigor- dependerá da natureza da norma envolvida, se de natureza material ou processual. Note que a Lei Henry Borel possui caráter material e processual e apenas na parte material não será aplicada retroativamente!

## **1.2) Reflexos da Lei 14.344/22 na Lei dos Crimes Hediondos e no Código Penal.**

O rol dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) que, por essência, é um rol taxativo sofreu ampliação com a Lei 14.344/22 ganhando o homicídio qualificado nova roupagem, com a

qualificadora do inciso IX ao art. 121 do CP. Base legal: art. 32 da Lei 14.344/22. Confira o leitor:

“Art. 32. O inciso I do **caput** do art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art.1º .....

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII e **IX**).”

“Art. 121. ....

§ 2º .....

Homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos

IX - contra menor de 14 (quatorze) anos:

.....

§ 2º-B. A pena do homicídio contra menor de 14 (quatorze) anos é aumentada de:

I - 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é pessoa com deficiência ou com doença que implique o aumento de sua vulnerabilidade;

II - 2/3 (dois terços) se o autor é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela.

Atente-se o leitor para o fato de, além do art. 121 do Código Penal ter sido objeto de contemplação pelo novo diploma normativo, dois outros artigos também assim o foram. São eles: art. 111 do CP – atinente ao tema da prescrição e, de igual modo, o art. 141 do CP – abarcando disposições referentes aos crimes contra a honra.

No que toca ao art. 111 do Código Penal, tal dispositivo tem a missão de nos revelar o termo inicial da pretensão punitiva do Estado. Em palavras simples: indaga-se a partir de

que momento conta-se a prescrição quando tal cenário envolver como protagonistas crianças e adolescentes?

Nossa lei substantiva nos guiava ditando que : “ V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, (conta-se a prescrição) da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.” ( grifos nossos!).

O que efetivamente mudou com a Lei 14.344/22?

O objeto jurídico dignidade sexual foi ampliado para englobar qualquer violência perpetrada contra criança ou adolescente.

Confira o leitor:

Art. 31. Os arts. 111, 121 e 141 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 111. ....

V - nos crimes contra a dignidade sexual ou que envolvam **violência** contra a criança e o adolescente, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal.” (NR). ( grifos nossos!).

Mas em que consiste a violência contra a criança ou o adolescente?

O artigo 2º da Lei 14.344/22 nos fornece, com precisão, a resposta. Vejamos:

Art. 2º Configura violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente qualquer ação ou omissão que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico ou dano patrimonial:

I - no âmbito do domicílio ou da residência da criança e do adolescente, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que compõem a família natural, ampliada ou substituta, por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação doméstica e familiar na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. Para a caracterização da violência prevista no **caput** deste artigo, deverão ser observadas as definições estabelecidas na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.

Art. 3º A violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Não vamos muito longe...

No cenário do caso da vida, Enzola mudou-se de uma casa para um apartamento, aos onze anos de idade. Seu pai (Sr. Paulo Deixa Disso) logo tornou-se síndico do condomínio e Enzola, na sua visão mirim, achou que já era o dono do prédio. Subia bem alto no escorregador, a ponto de ficar quase da altura do muro que fazia divisa com o prédio e, para tanto, jogava areia nas roupas branquinhas da vizinha, a Dona Cacilda Gargarejo. Cansada de ficar lavando, mais de uma vez, as suas roupas e, do pouco caso genitor no tocante as suas reclamações, Dona Cacilda resolveu tomar uma atitude mais drástica. Eis que se dirigiu pessoalmente a reunião de condomínio e, na frente de todos "gargarejou", isto é, xingou o menino de todos os nomes, aproveitando a presença da criança para agredi-la fisicamente em público. O pai do menino fez "cara de paisagem" e, por desejar não se indispor com os vizinhos, nenhuma atitude tomou, por longos anos. Se tais fatos narrados forem praticados após a vigência da Lei 14.344/22, ainda que seu pai nenhuma atitude tomasse Enzola não ficaria ao desalento, sem uma resposta estatal. Poderá, agora, ele mesmo, buscar o Direito Penal para fins de reparação pelo mal sofrido (quando possuía onze anos de idade) e a sua pretensão não estará fulminada pela prescrição. Isso, claro, desde que não tenha sido proposta a ação penal em tempos pretéritos.

Outro aspecto interessante a ser mencionado por nós é o de que no caso acima narrado, em tempos anteriores a vigência da lei em comento, na hipótese da vizinha Gargarejo ter se limitado a prática do crime de lesão corporal de natureza leve em desfavor da criança, a ação poderia tramitar sob o rito da Lei 9.099/95, sem qualquer óbice. A competência dos Juizados Especiais Criminais, entretanto, restaria afastada caso pela somatória de crimes a pena cominada ultrapassasse dois anos.

Ilustrativamente, citamos a posição esboçada pela Corte Cidadã - à luz da legislação pretérita, em caso envolvendo violência doméstica, com aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, outrora revogado, ante o descumprimento das

condições propostas e aceitas. Confira o leitor: REsp 1498034/RS. Atente-se para o fato de que a decisão não fazia distinção entre os atores da violência doméstica - na qualidade de sujeito passivo do delito, podendo ser crianças ou não.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ. PRIMEIRA TESE: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência. SEGUNDA TESE: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência. 2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 ("a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal. 3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. 4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017. (REsp 1498034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015).



E, aqui, cabe um adendo: A lei 14.344/22 proíbe expressamente a aplicação da lei 9.099/95 para os casos referentes à violência contra crianças e adolescentes. Confira o leitor:

“Art.226. ....

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.” (NR).

Voltemos nossa análise, agora, a modificação no que toca as disposições comuns, concernentes aos crimes contra a honra. Base legal: art. 141 do Código Penal. A novidade aqui estampada foi o aumento de 1/3 (um terço) se quaisquer dos crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação) forem praticados em desfavor de criança ou adolescente, ao lado de pessoas com idade acima de 60 (sessenta anos) ou com deficiência.

Ampliou-se, aqui, o rol de sujeitos passivos para fins de maior reprimenda, no intuito de maior proteção a personalidade moral do ser humano, de *per si* considerado. Tal causa de aumento de pena apenas é excepcionada no tocante a injúria discriminatória, que possui disciplina própria de regulamentação tipificada no parágrafo terceiro do artigo cento e quarenta e um do Código Penal, do qual recebe o mesmo tratamento do racismo no tocante a imprescritibilidade. Perceba o leitor que a exceção no tocante ao aumento de pena, em tempo pretérito a vigência do novo diploma normativo, abarcava tão só o crime de injúria. Mas, já nos ensina o brocardo popular: “uma andorinha não faz verão!”. A exceção ao crime de injúria não se justificava, já que o bem jurídico integridade moral restava abalado de igual monta. Com a entrada em vigor da Lei 14.344/22, o crime de injúria, por ele mesmo, desde que não discriminatória, estará abarcado pelo aumento de pena.

Vejamos: Creuza é moça trabalhadeira. Desde muito jovem trabalha na bilheteria do único cinema do Município de Deus me Livre. Dia desses, sua filha menor de idade (Evinha dos Anjos) adoeceu e a creche, como não está autorizada a ministrar medicamentos para conter a febre, telefonou para o pai da criança, que, por necessitar, de igual forma, de sair para trabalhar optou por deixar a criança aos cuidados da mãe, já que essa estava encerrando o expediente no trabalho naquele dia. Mais lenta que de costume, já que Creuza estava se desdobrando entre olhar a criança e atender aos clientes, Dona

Emengarda Abraziva, estressada pela demora da atendente, que, segundo ela, era injustificável passou a proferir palavras de baixo calão, gritando aos quatro ventos que a criança deveria voltar para a África, de onde nunca deveria ter saído, a fim de brincar com os orangotangos e não mais atrasar a fila do cinema.

A pergunta que não quer calar é se Abraziva, nesse caso hipotético por nós narrado, em tendo praticado o delito na vigência da Lei Henry Boreli responderia por ela, já que direcionou a sua conduta em desfavor de criança?

A resposta negativa se impõe. No caso ilustrativo por nós citado Abraziva, ao fazer menção a África, englobou o critério raça em suas ofensas. Trata-se de racismo estrutural que compõe o espectro do tipo injúria racial qualificada. Com sua conduta Abraziva não ofendeu somente Evinha, mas um grupo indeterminado de pessoas, pessoas essas que são pertencentes à mesma raça de Evinha. E racismo é racismo, independentemente de estar tipificado no bojo de uma injúria ou fora dela!

Para sermos fiéis ao leitor, citamos aqui decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal referida no HC 154248, que em caso similar ao por nós narrado, que envolvia injúria racial, decidiu da seguinte maneira:

**Ementa:** HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INJÚRIA RACIAL (ART. 140, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ESPÉCIE DO GÊNERO RACISMO. IMPRESCRITIBILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Depreende-se das normas do texto constitucional, de compromissos internacionais e de julgados do Supremo Tribunal Federal o reconhecimento objetivo do racismo estrutural como dado da realidade brasileira ainda a ser superado por meio da soma de esforços do Poder Público e de todo o conjunto da sociedade. 2. O crime de injúria racial reúne todos os elementos necessários à sua caracterização como uma das espécies de racismo, seja diante da definição constante do voto condutor do julgamento do HC 82.424/RS, seja diante do conceito de discriminação racial previsto na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. 3. A simples distinção topológica entre os crimes previstos na Lei 7.716/1989 e o art. 140, § 3º, do Código Penal não tem o condão de fazer deste uma conduta delituosa diversa do racismo, até porque o rol previsto na legislação extravagante não é exaustivo. 4. Por ser espécie do gênero racismo, o crime de injúria racial é imprescritível. 5. Ordem de habeas corpus denegada.

Voltemos os nossos olhos, ainda, para a cena do cinema. Abraziva, estressada pela demora na fila - atinente a compra de ingressos para assistir ao filme, e, sabedora que a



demora no atendimento estaria ocorrendo pelo fato de a filha da atendente estar doente; e, com ela, no trabalho, passa a proferir-lhe palavras de tom ofensivo do tipo: - “essa criança não está doente, está com birra. Além de birrenta é feia e só sabe atrapalhar!”.

Nesse caso, se a conduta de Abraziva se der após o advento da Lei Henry Borel, por tratar-se de crime de injúria, sem nenhum qualificativo, dará ensejo a uma condenação, com pena aumentada em um terço (1/3) - por ter sido praticada em face de criança. Repise-se: O dolo do sujeito passivo, aqui, não foi o de ofender uma raça, mas uma pessoa determinada, qual seja, Evinha.

### **1.3) Influxo da Lei Henry Borel na Lei de Execução Penal.**

A modificação pontual ocorrida na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/92) deu-se no tocante ao instituto da limitação de final de semana - que nada mais é que do que a obrigação de permanência do apenado, em dias e horários determinados pelo legislador, em casa de albergado ou outro estabelecimento similar.

Dispõe o art. 152 da LEP, em seu caput, que poderão ser ministrados ao condenado durante o tempo de permanência cursos e palestras e atribuídas atividades educativas. Já nos ensina o brocardo popular: “cabeça vazia, oficina do diabo”. Logo, ocupando a mente o condenado não disporá de muito tempo para idealizar empreitadas criminosas. É fato!

A modificação do art. 152 da LEP não se operou em seu caput, mas em seu parágrafo único. E, aqui, exporemos a redação nova, acrescida pela Lei 14.344/22. Confira o leitor:

**Art. 152:** “Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único - Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança, o adolescente e a mulher e de tratamento cruel ou degradante, ou de uso de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra a criança e o adolescente, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação”.

Vale dizer que a redação anterior englobava como sujeito passivo do crime tão somente a mulher vítima de violência doméstica e familiar. O espectro da violência doméstica e familiar fora ampliado para abarcar, agora, os infantes e adolescentes. Educar o agressor como medida preventiva para evitar novas lesões aos bens jurídicos das crianças, dos adolescentes e das mulheres, todos inseridos no contexto de violência doméstica e familiar.

Transpondo a letra fria da lei para o cotidiano, é cediço que grades não ressocializam ninguém, assim, após 08 de julho de 2022, caso José das Couves Mussum aporrinhado com as malcriações de Zacarias, seu filho adolescente, de treze anos, perca a cabeça e resolva dar uma “sova” no garoto, com vara de marmelo - achando que, por ser pai, pode corrigir o seu filho, de qualquer maneira, e, a qualquer preço, o magistrado poderá determinar o seu comparecimento a programas de recuperação e de reeducação, no afã de que o pai desavisado informe-se melhor a respeito dos limites do seu poder punitivo, para fins de melhor educar o seu filho e, quem sabe, amanhã Mussum não seja mais um voluntário a fornecer depoimentos de sua evolução, como forma de ajudar o próximo. No mesmo lema do AA (alcoólicos anônimos): “Só por Hoje eu não agrido!” ou “ Por hoje serei melhor do que ontem”. Terapia coletiva em que o grupo ajuda uns aos outros.

Mas o “causo” da vida como ela dá cores e ganha asas além do papel. Fato é que Dona Amargosa, residente do Município Onde o Vento Faz a Curva, mãe de Lucinda Inocência, desgostosa do namoro de sua filha adolescente com Patrício Espinhoso, no intuito de corrigir o comportamento que considera inadequado por parte de sua filha, e, como forma de castigo - pelo fato de a mesma desobedecê-la e insistir no namoro, tranca-a em seus aposentos como forma de evitar novos encontros. Lucinda tinha cabelos curtos e, diferente das estórias em quadrinhos de Rapunzel, sequer poderia jogar as suas tranças, a fim de fugir.

Sua conduta não ficará impune. A filha mantida presa acarretará a mãe, após a vigência normativa na lei em apreço, a sua imediata vinculação a casa de albergado.

Em obediência ao art. 152 da LEP, o douto magistrado da comarca aplicará a Amargosa o comando legal, determinando o seu comparecimento, por cinco horas diárias, aos finais de semana, a casa de albergado, para fins de reeducação.

Mas o juiz era recém empossado e acabara de chegar ao Município Vento Faz a Curva.

Contudo, o Município de O Vento Faz a Curva, além do vento, possui pouca coisa e, nessa toada, o Município não possui casa de albergado para que Amargosa pudesse cumprir a limitação de final de semana. Limitação essa, até, então, desconhecida pelo juiz.

A pergunta que não quer calar é a seguinte:

Diante da ausência de casa de albergado na localidade, a defesa de Amargosa poderá pleitear ao juízo pelo cumprimento de sua pena em regime domiciliar?

Se não houver casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, nada obsta que Amargosa cumpra a pena restritiva de direitos - consistente em limitação de final de semana - em regime domiciliar e, para tanto, assistindo palestras de auto-ajuda, de forma

online. A concessão, para o regime domiciliar, contudo, não se dá forma automática, embora não seja de plano vedada. As circunstâncias do caso concreto irão ditar a melhor solução. Assim nos parece. E quem nos socorre desse enrosco, em verdadeiro diálogo das fontes, é a LINDB. Trata-se do primado da realidade. Confira o leitor:

**Art. 22.** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Logo, se há um obstáculo físico, qual seja, a ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, similar, o primado da realidade impõe ao magistrado solução justa e consentânea com o caso a ser por ele analisado. É a nossa posição!

Instada a pronunciar-se sobre o tema, a Corte Cidadã, analisando um caso que envolvia um apenado que cumpria a limitação de final de semana - em regime domiciliar - por ausência de casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e, exercendo a profissão de motorista durante os dias da semana, assim fazendo, o STJ achou por bem aplicar ao condenado o instituto da remissão pelos dias trabalhados, na condição de motorista. Confira o leitor trecho da decisão:

**HC: 1560854.**

EMENTA PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA LIMITAÇÃO DE FINAIS DE SEMANA EM PRISÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO NA COMARCA. REMIÇÃO DA PENA PELO TRABALHO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 562/STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. Na hipótese, o reeducando progrediu ao regime intermediário e, diante da ausência de Casa de Albergado na comarca, foi-lhe deferido o regime domiciliar, com limitação de finais de semana, a fim de que ele exercesse o trabalho de motorista durante os dias úteis. 2. Não se vislumbra incompatibilidade alguma ou qualquer óbice em se conceder ao apenado a remição pelos dias trabalhados, pois tal direito se reveste de natureza pública e se insere no sistema progressivo, em que há uma flexibilização gradual da sanção, à medida que o reeducando vai se aproximando da liberdade. Negar ao sentenciado o benefício representaria inegável desestímulo à progressão de regime. 3. Uma vez presentes os requisitos legalmente exigidos, descabe ao intérprete opor empecilhos à remição pelo trabalho, uma vez que, ainda que o

sentenciado esteja a cumprir a reprimenda em regime domiciliar, tal benefício lhe fora deferido em razão da própria falência do sistema carcerário. 4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que os sentenciados que cumprem pena no regime semiaberto, como na presente hipótese, ou fechado, têm direito à remição da pena pelo trabalho, consoante a previsão legal do art. 126 da Lei de Execução Penal, com redação dada pela Lei n. 12.433/2011, que prevê que "o condenado que cumpre pena em regime fechado e semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". Entendimento em consonância com a dicção da Súmula n. 562/STJ. 5. Recurso especial desprovido.

Vamos além. Suponhamos que tenha sido imposta a um condenado qualquer uma condenação por uma pena restritiva de direitos – consistente na limitação de finais de semana, acompanhada de uma pena de multa. Na ausência de casa de albergado ou de estabelecimento adequado é lícita a cumulação de duas penas de multa?

A resposta negativa se impõe. Em não havendo casa de albergado ou outro estabelecimento adequado na localidade o regime domiciliar se faz presente no caso em apreço, como solução prioritária em detrimento de nova imposição a pena pecuniária, por expresso mandamento legal. Assim nos ensina o Superior Tribunal de Justiça. Confira o leitor: Resp. 1716888:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUIÇÃO POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO OU UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. LITERALIDADE DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA E MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA POR MULTA. AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. DUAS PENAS DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. 1. Hipótese em que a pena privativa de liberdade imposta ao apenado foi substituída pelo juízo de primeiro grau por uma restritiva de direitos, consubstanciada na limitação de final de semana, e por uma de multa, nos exatos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal. 2. O Tribunal a quo, considerando a inexistência na comarca de casa de albergado, acolheu o pedido da defesa para substituir a limitação de final de semana por outra pena de multa, cumulando duas penas substitutivas da mesma espécie. 3. Esta Corte detém entendimento no sentido da impossibilidade de imposição de duas penas pecuniárias, em obediência à regra contida na parte final do § 2º do art. 44 do Código Penal (AgRg no REsp 1449226/RN, Rel.

Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 15/06/2015). 4. A letra da lei não permite margem a outra interpretação, devendo ser acompanhada a literalidade da disposição normativa contida na segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal. 5. Nas situações em que não houver casa de albergado na localidade, esta Corte já entendeu que o cumprimento da pena de limitação de fim de semana deve se dar em outro estabelecimento adequado ou em regime domiciliar. Precedentes. 6. Recurso provido.

Acrescentamos, se o crime acima narrado envolver a prática de violência doméstica contra criança ou adolescente, na ausência de casa de albergado ou estabelecimento adequado, com maior razão, agora, não poderá ser imposta unicamente a pena de multa, ainda que em duplicidade. É o legislador que nos impõe tal restrição, nos termos do que preconiza o parágrafo segundo do art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Confira o leitor:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa." (NR)

### **1.3) Incursão da Lei Henry Borel no ECA ( Lei 8.069/90).**

O ponto alto das modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, advindas da Lei 14.344/22 cinge-se ao seu art. 226 e seu parágrafo único que contempla vedação expressa de aplicação subsidiária da Lei 9.099/95, aos crimes nela inseridos.

Foi o mesmo que o legislador fez no tocante aos crimes cometidos contra a mulher em contextos de violência doméstica especificados na Lei Maria da Penha, e, assim procedeu, em seu art. 41.

Atente o leitor para o mesmo espírito de proteção do legislador. A violência é uma só. Violência é violência. O resto são rótulos! E, isso, ainda que a pena cominada em abstrato seja de até dois anos, de tal modo que se afasta a competência do rito comum sumaríssimo, até porque a violência doméstica - seja ela praticada contra a mulher ou contra crianças e adolescente - não se afinam com infrações de menor potencial ofensivo, dada a magnitude do bem jurídico lesado.

Confira o leitor o teor do texto normativo:

Art. 226.

§ 1º Aos crimes cometidos contra a criança e o adolescente, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O parágrafo segundo do mesmo art. 226 faz alusão expressa a vedação da penas de cesta básica. Vejamos:

§ 2º Nos casos de violência doméstica e familiar contra a criança e o adolescente, é vedada a aplicação de penas de cesta básica ou de outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa." (NR)

O parágrafo segundo acima narrado é um pedaço da Lei Maria da Penha, guardadas as suas peculiaridades. Reflexo da dignidade da pessoa humana, no sentido de vedar a banalização da coisificação de pessoa. O respeito, a honra, a integridade física e psicológica são bens jurídicos que não possuem preço.

Ilustrativamente:

Pedro Macarrão era casado com Lívia Mostarda. Amante dos vinhos, o homem sempre exagerava na dose e, o final da noite, nunca acabava bem. Dia sim, dia não, a mulher e os filhos menores levavam paulada na cabeça; além de que dia sim e, no outro também, o beberrão visitava a carteira de sua mulher, subtraindo-lhe dinheiro para comprar bebidas. Beneficiado pela escusa absolutória - quanto ao crime de furto, Pedro já encontrava óbice ao pagamento de cesta básica quanto ao crime de violência doméstica contra a mulher, por expressa vedação da Lei Maria Penha. Agora, após o advento da Lei Henry Borel, que tomou de empréstimo o espírito Maria da Penha, a vedação de cesta básica também se estenderá aos filhos menores que levarem pauladas do pai. Do contrário, se possível fosse compensar violência doméstica com gênero alimentício ficaria barato agredir. Não é esse o espírito!

#### **1.4) Influência da Lei Henry Borel na Lei 13.431/17**

Tal lei encampa um complexo de garantias de direitos em prol de crianças e adolescentes que se encontram na posição de vítimas ou testemunhas de violência. Igualmente objeto de modificação legislativa pela lei 14.344/22.

Há que se destacar que a Lei 13.431/17, tal qual a Lei Maria da Penha, também carrega em seu corpo formas de violência contra a criança e ao adolescente, inovando com a denominada violência institucional, que nada mais significa que a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando desaguar em revitimização.



A lei Henry Borel trouxe ao art. 4º da Lei 13.431/17 a violência patrimonial - que se traduz em qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluídos os destinados a satisfazer as suas necessidades, desde que a medida não se enquadre como educacional (que guarda regulamentação própria).

E, aqui, um caso ilustrativo a ser citado é o do João Penteado. Empresário bem sucedido e um eterno amante de si mesmo. Apaixona-se pelas mulheres com a mesma fugacidade das roupas que compra diariamente. Por vaidade, casou-se com Joaquina Belezura, a miss de sua cidade Natal. Casamento que não durou uma troca de estação do ano e, do qual, adveio Lívia, filha do casal. Fato é que após o desenlace, mesmo acumulando muitos recursos financeiros, Penteado nunca quis dividir o "pão", fosse com a mulher ou com a filha menor, de modo que nunca pagou pensão alimentícia para a ex-mulher - que era paupérrima e, após um acidente de ônibus, tornou-se parálitica; tampouco pagou alimentos para a filha menor. O homem egoísta só pensava em comprar roupas! Caso patente de violência patrimonial. Já o era pela Lei Maria da Penha.

Agora, após o advento da Lei Henry Borel, o caso acima narrado também encontrará tipificação no art. 4º da Lei 13.431/17 - como um caso de violência patrimonial contra a criança e/ou adolescente.

Confira o leitor o dispositivo da Lei Maria da Penha acima citado, dispositivo esse que foi praticado copiado para Lei 13.431/17:

#### **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.**

**Art. 7º** São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

**IV** - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

#### **1.6) Crimes Tipificados na Lei 14.344/22.**

É importante que se diga que a Lei 13.431/17 elenca dois crimes, dos quais passaremos a discorrer. Vejamos:

#### **DOS CRIMES**

Art. 25. Descumprir decisão judicial que defere medida protetiva de urgência prevista nesta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu a medida.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis.

Art. 26. Deixar de comunicar à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante ou de formas violentas de educação, correção ou disciplina contra criança ou adolescente ou o abandono de incapaz:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos.

§ 1º A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta morte.

§ 2º Aplica-se a pena em dobro se o crime é praticado por ascendente, parente consanguíneo até terceiro grau, responsável legal, tutor, guardião, padrasto ou madrasta da vítima.

O art. 25 de seu texto, com a modificação legislativa promovida pela Lei em apreço, encampa o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, reverso da mesma moeda. Qual moeda? A moeda que traz no verso o art. 24, A, da Lei Maria da Penha. Confira o leitor:

Art. 24-A. Lei Maria da Penha: Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Toc toc toc... Bate na porta a realidade do mundo fenomênico... Creolinda era mãe severa. Para ela, tudo se resolvia na base da pancadaria, que, em sua visão distorcida, era base da educação. Certa feita, com a desobediência de Tício, o seu filho menor, Creolinda pegou de empréstimo o cinto do marido e deu tanta cintada nas pernas de Tício que o menino, traumatizado, ficou três dias sem abrir a boca. Suponhamos que a sua conduta



tenha sido praticada após 08 de julho de 2022, após o advento da Lei Henry Borel. O magistrado aplicou a ela uma medida protetiva de afastamento do lar - com vistas a proteção da criança. Creolinda, contudo, visitava a casa quando o marido saía, pois não suportava perder o controle sobre o filho. Diante de tal contexto, o magistrado poderá aplicar a ela o art. 25 da Lei 14.344/22.

Pergunta-se: Levando-se em consideração que a Lei 14.344/22 estipula em seu art. 25 que a pena de detenção variará de três meses a dois anos, sendo pena, portanto, inferior a quatro anos, será caso de aplicação do art. 322 do CPP ("A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.")?

A resposta negativa se impõe. Aplica-se ao presente caso o princípio da especialidade e a Lei Henry Borel, por expressa vedação legal, proíbe o delegado de arbitrar fiança, independentemente da quantidade da pena ser inferior a quatro anos. É caso de aplicação da cláusula de reserva de jurisdição por expresse comando legal. A Lei Maria da Penha assim o fazia, caminhando o legislador, pois no mesmo passo, ao seu lado.

Repise-se: as duas hipóteses (violência doméstica contra a mulher e violência doméstica contra criança e/ou adolescente) revelam cláusula de reserva de jurisdição - no que toca ao instituto da fiança. Em tais casos, o delegado encontra óbice legal no arbitramento, que se dá unicamente por ato do juiz.

O pulo do gato, aqui, é que a cláusula de reserva de jurisdição - quanto ao arbitramento da fiança - somente ocorrerá quando do descumprimento de medida protetiva. O delegado poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher - e entendemos que, de igual modo, poderá arbitrar fiança nos crimes que envolvam violência contra a criança e/ou adolescente. O que o delegado não poderá fazer é arbitrar fiança para o crime específico de descumprimento de medida protetiva (art. 25 da Lei 14.344/22) - atinente a violência perpetrada em face deles. Não confunda o leitor alhos com bugalhos!

Já o art. 26 trouxe um crime inédito. É a sociedade colocando os olhos na pessoa do infrator, funcionando como fiscal de condutas que acarretem violência contra as crianças e os adolescentes. E, para tanto, em casos de denúncias de crimes dessa natureza, os entes federativos, deverão premiar o denunciante que irá colaborar com a justiça, com o mesmo espírito do princípio do protetor-recebedor, em seara ambiental.

Contudo, o legislador resolveu criminalizar a omissão daquele que sabe e nada faz para minorar a violência doméstica praticada em desfavor da criança e adolescente. Quem cala consente e o consentimento, aqui, revelado pelo não agir, passou a ser crime.

Logo, a ausência de comunicação à autoridade pública a prática de violência, de tratamento cruel ou degradante, formas de violência de educação, correção ou disciplina ou mesmo o abandono de incapaz- irá configurar um crime omissivo próprio, cujo dever de agir, por espírito de solidariedade, emana da norma.

Assim, se Mévio Limoeiro, lenhador que é protagonista da vida real da historinha em quadrinhos de João e Maria - que foram levados para a floresta pela segunda vez pela madrastra má, dessa vez, sem o miolo de pão para demarcarem o trajeto, sendo por lá abandonados – e, disso ele presenciou ou tiver conhecimento e nada comunicou à autoridade pública, após o advento do novo diploma legal, por faltar com o seu dever legal de agir, guardando para si a ciência do crime de abandono de incapaz, incidirá nas penas do art. 26 da Lei 14.344/22. Se as crianças se ferirem gravemente na floresta (lesão corporal de natureza grave), Mévio ainda terá a sua pena aumentada de metade e, triplicada, caso venham a perder a vida, bem como terá a sua pena fixada em dobro - por ser pai (ascendente) das vítimas. É a vida imitando a arte!

### **Conclusão**

Durante décadas o autoritarismo imperou como forma de educação e correção às crianças e aos adolescentes. A violência psicológica, por não ser detectada em exame de corpo de delito, restava invisível aos olhos da sociedade. A violência física, enxergada como castigo justo, era desprezada aos olhos da família, da sociedade e do Estado. Muitas crianças, hoje, pessoas adultas acumulam traumas de maus tratos velados, outras tantas perderam a vida para que hoje os seus gritos fossem escutados. E do encontro da comoção social com sentir legislativo brotou a Lei 14.344/22.

Que o Direito Penal não poder ser encarado como um bom pai de família - sabemos disso, mas quando não se tem nenhuma luz, qualquer luz que reluz vira ouro.

Logo, ainda que essa seja apenas uma resposta do legislador à sociedade, alinhado ao Direito Penal Simbólico, que seja, ao menos, o pontapé inicial para a efetividade daquilo que denominamos de prevenção geral negativa e, não importa se imbuído de medo da reprimenda ou de valores éticos, se o homem pensar duas vezes antes agir, já terá valido a pena a razão de ser da própria pena.

### **Referências Bibliográficas**

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad.: Cláudia Vianna Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral e parte especial. 4ª Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008;

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2ª Ed. Trad.: Diego-Manuel Luzon Peña *et. al.* Madrid: Editorial Civitas, 1997.

## REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

**SANDRO VESCOVI MOZER BARBOSA:**  
Bacharel em Direito

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 elevou o direito de propriedade como fundamento da ordem econômica e essencial para garantir os direitos e dar garantias fundamentais. A carta constitucional instituiu o Estado Social Democrático, criando mecanismos de proteção do cidadão das arbitrariedades do sistema capitalista e programaram objetivos a serem alcançados pela ação do Estado na promoção do bem-estar social. Ante o exposto, a regularização fundiária é um instrumento importante para assegurar a função social da propriedade. No entanto, tal instituto, ainda se está longe de solucionar os problemas de habitação no Brasil quanto à Regularização Fundiária Urbana, haja vista as imensas desigualdades existentes.

**Palavras Chave:** Função Social. Propriedade. Regularização fundiária.

**ABSTRACT:** The Federal Constitution of 1988 elevated the right of property as the foundation of the economic order and essential to guarantee the rights and give fundamental guarantees. The constitutional charter instituted the Democratic Social State, creating mechanisms to protect the citizen from the arbitrariness of the capitalist system and programmed goals to be achieved by the State's action in promoting social welfare. Given the above, land regularization is an important instrument to ensure the social function of property. However, such an institute is still far from solving the problems of housing in Brazil regarding urban land regularization, given the immense inequalities that exist.

**Keywords:** Social Function. Property. Land regularization.

### INTRODUÇÃO

Em meio as mazelas sociais do Estado brasileiro, o déficit habitacional pode ser considerado um dos mais graves, pois a habitação se configura numa das necessidades básicas do ser humano. Por certo que a falta de moradia propicia o agravamento dos demais problemas sociais, como a educação e saúde deficitárias e propicia a desagregação familiar e a violência.

Observa-se no decorrer da evolução da história que a propriedade sempre exerceu uma função econômica. Em todos os momentos da humanidade foi através da propriedade que se extraíram utilidades necessárias à sobrevivência de seus povos (DALARI, 2019).

Nota-se que com os frutos extraídos da propriedade pode a sociedade crescer, desenvolver-se impor os seus domínios uns sobre os outros, fazendo imprimir à autoridade

e o poder econômico de uma nação face da outra. A normatização do instituto da regularização fundiária ainda não tem o condão de responder a todos os questionamentos conflituosos com que o Poder Público se depara quando, colimando a realização de uma política habitacional para cumprimento de seu dever constitucional de propiciar moradia digna à população, fica impossibilitado mediante os vários obstáculos apresentados no contexto fático de um projeto habitacional.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito de propriedade deixou de ser visto de forma unitária para ser compreendido como relação jurídica que abarca os interesses coletivos, devendo a propriedade promover a justiça social e a redistribuição de renda.

Diante do exposto, o presente estudo tem como objetivo realizar a revisão bibliográfica sobre o tema, analisando a respectiva evolução doutrinária, jurisprudencial e normativa, aprofundando o estudo sobre o instituto da regularização fundiária aplicada à consecução do direito constitucional à função social da propriedade.

Aplicou-se a metodologia de pesquisa exploratória, a qual é fundamentada no estudo teórico dos diversos autores, onde se buscou subsídios para o desenvolvimento do presente trabalho. Portanto, recorreu-se à metodologia lógico-dedutiva, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e normativa, sendo analisada a referência do instituto da regularização fundiária no contexto normativo, bem como na aplicação da regularização fundiária pelo Poder Público.

## **1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Na busca de um modelo que superasse o liberalismo, várias teorias foram criadas, todavia a que traduz a essência da função social da propriedade foi à teoria da humanização.

A teoria humanista conserva o direito de propriedade imóvel como uma faculdade individual, porém deverá ser utilizado conforme as diretrizes da ordem jurídica e de acordo com a ordem econômica vigente, contudo a função social da propriedade deverá ser uma meta a ser atingida pelo titular do imóvel.

José Diniz de Moraes argumenta:

A propriedade não é um direito subjetivo e há, para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com sua finalidade, aumentando a interdependência social, visto que a propriedade é uma função social, podendo o detentor da riqueza, realizar um certo

trabalho no sentido de aumentar a riqueza geral, fazendo valer o capital que possui (MORAES, 2019, p.97).

O pensador que formulou a teoria da função social da propriedade protegeu a propriedade individual, desde que ela cumpra sua finalidade socioeconômica. O poder constituído ao invocar a Lei para fazer cumprir a finalidade social não tem o desejo de apossar do patrimônio do particular, apenas busca o cumprimento da função social do bem, entendendo que a propriedade privada é elemento gerador de riqueza necessário para a promoção do desenvolvimento social.

Roberto Wagner Marquesi:

Na disputa pelos bens da vida surgem os conflitos de interesse. O estado de insatisfação reinante em uma determinada sociedade resulta do entre choque de interesse e, nesse ponto é correto afirmar que a causa determinante nos conflitos é o ideal da dignidade presente no espírito humano. O Estado cumpre o dever de tornar possível uma situação de bem estar. Quando o ordenamento jurídico protege um valor, criando institutos jurídicos como a propriedade e posse, buscando o atingimento desse bem estar, pois a norma interessa a paz social (MARQUESI, 2019, p.37).

A proteção da dignidade pessoa humana é o princípio matriz de todos direitos fundamentais e foi o alicerce que fez surgir no direito constituído à responsabilidade do Estado para estabelecer mecanismos necessários para atingir o bem comum.

## **2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988 o país ainda enfrenta graves diferenças sociais, os fins almejados pelo Estado Social ainda encontram enormes barreiras a serem superadas pelos objetivos constitucionais. Os detentores de propriedades privadas, justificando o direito de propriedade sendo como absoluto, resistem em atender ao mandamento constitucional.

Basta uma análise literal da carta constitucional para compreender que o direito da propriedade foi relativizado:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social

XXIV - a Lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante

justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvada os casos previstos nesta Constituição.

A Constituição ao relativizar o direito de propriedade ainda conservou sua importância na permanência do sistema capitalista, ao analisar o artigo 5º da Constituição observa-se, que o citado direito foi inserido juntamente com os bens individuais mais importantes, como a vida, a liberdade e a igualdade, e também na ordem econômica foi inserido no artigo 170:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade

A carta magna trouxe consignada, as teorias doutrinárias que sucederam ao modelo liberal, harmonizando parte da teoria nacionalista que propunha um modelo de Estado intervencionista e a teoria humanista que propunha a proteção da propriedade desde que esteja cumprindo a sua função social. A carta constitucional separa a propriedade imóvel urbana e rural, portanto como subsídio para responder as premissas levantadas à análise concentra-se sobre a legislação pertinente a função social do imóvel urbano. A constituição delegou aos Municípios a responsabilidade da política urbana, estabelecendo as diretrizes necessárias para cumprir as funções sociais e o bem-estar, especificamente em seu artigo 182:

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

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.



§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante Lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da Lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O artigo trouxe as bases necessárias para que o Município tenha amparo legal para exigir que a propriedade atenda suas funções sociais. É preciso elaborar e aprovar o plano diretor estabelecendo requisitos para mensurar se a propriedade cumpre com sua função social.

O poder constituinte no citado artigo fez a previsão de criação de Lei complementar para regulamentar o artigo 182 da Constituição Federal de 1988 e seguindo a previsão constitucional e o clamor social foi criada a Lei 10.257/2001, popularmente conhecida como o Estatuto da Cidade.

Com a edição da Constituição Federal de 1988, que trouxe contornos baseada em um sistema econômico capitalista frente a crescente urbanização, generalizado em toda ocupação do solo, com a marcante preocupação pela moradia digna (art. 1º III, da CF.), estabeleceu-se para as cidades uma natureza jurídica ambiental, deixando de ser observada a partir de regramento adaptados tão somente aos bens privados ou públicos, e passa a ser observada em face da estrutura do bem jurídico ambiental. Desse modo a cidade passa a ser observada em toda a sua estrutura econômica, nas suas relações de consumo, bem como as relações sociais exigidas pelo piso vital mínimo e da demais necessidade inerente à existência da pessoa humana.

Após onze anos de tramitação o Senado aprovou O Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, instrumento que passou a disciplinar no Brasil, mais que simplesmente o uso da propriedade urbana, tal instrumento disciplina também as principais diretrizes do meio artificial, fundado no equilíbrio ambiental (MOARES, 2019).



O Estatuto da Cidade traz instrumentos urbanísticos pelos quais o município poderá disciplinar a função social da cidade que será cumprida quando esta proporciona a seus habitantes todos os direitos fundamentais garantidos pelo art. 5ª da Constituição Federal. (FIORILLO 2014, p. 290).

Destaca Fiorillo que como direito a uma cidade sustentável deve ser garantido o direito a terra urbana, à moradia, o consumo, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, aos serviços públicos, ao trabalho, ao lazer, e a segurança. É a chamada garantia do direito à cidade sustentável, destinadas aos habitantes em decorrência de cada um dos deveres impostos ao poder público municipal e, por via de consequência, direitos assegurados aos cidadãos, tais direitos estão elencados no art. 2º, e seus incisos, são eles: I- Direito à terra urbana; II- Direito à moradia; III- Direito a infraestrutura urbana; IV- Direito ao serviço público; V- Direito ao saneamento ambiental; VI- Direito ao lazer e ao trabalho; VII- Direito à segurança.

Assevera ainda Fiorillo, que tais direitos devem ser observados como uma prestação de serviço público imposta ao poder público municipal, a ser observada em qualquer política de desenvolvimento urbano destinados a ordenar o pleno desenvolvimento das denominadas funções sociais da cidade.

Destarte que para um pleno desenvolvimento mister a intensa participação municipal, que conforme o art. 30, VIII, da constituição Federal, é atribuição dos municípios de promover o adequado ordenamento territorial, mediante o planejamento e controle do uso, parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Cabe ressaltar que uma cidade só cumpre a sua função social quando esta possibilita a seus munícipes uma moradia digna e para que isso ocorra, cabe ao poder público proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua correta ocupação. (FIORILLO 2014, p. 291).

### **3 A PROBLEMÁTICA DA IRREGULARIDADE HABITACIONAL NO BRASIL**

A questão da irregularidade habitacional dos grandes centros urbanos vem sendo objeto de estudo há muito no panorama histórico, sendo verificado que desde sempre as classes operárias e pobres estão relegadas às regiões mais precárias da cidade, como também ocorre atualmente.

A cidade é construída de forma tão peculiar que se pode morar nela durante anos, entrar e sair diariamente sem entrar em contato com um bairro de trabalhadores, ou mesmo com um trabalhador. Isto se deve ao fato de que ou por um acordo tácito inconsciente, ou por uma intenção já consciente, os bairros dos trabalhadores estão

rigorosamente separados das partes da cidade reservadas à classe média, ou, quando isso não acontece, estão dissimulados sobre o manto da caridade (SOUZA, 2021).

Nessa esteira, ao se afirmar que as condições de habitação das classes menos privilegiadas do século XIX se equiparam às atuais, fica claro que tanto o Poder Público, quanto o Direito Urbanístico não foram capazes, em um século, de resolver os problemas da falta de moradia ou da habitação precária (PINTO, 2019).

No panorama brasileiro, o que se vê no Brasil-colônia é a completa ausência do Poder Público para as questões de moradia social, sendo as classes mais pobres entregues ao seu próprio arranjo para a sua habitação. Isto se deve ao próprio interesse de Portugal, à época, em apenas explorar sua colônia, sem intenção de criar infraestrutura ou qualquer empreendimento que significasse despesas para o Império Português.

Dessa forma, a população pobre e livre construía, por si mesma, suas moradias e, a outra parcela pobre, que seriam os escravos, dependiam das senzalas ou das casas dos senhores para se abrigarem. Nesse sentido, Gomes, entende que:

A política habitacional tem que ser vista como uma forma encontrada pelo capital, sob a égide do Estado, de imprimir ao espaço urbano uma valorização. A ocorrência dessa política traz consigo o aumento em demasia do preço da terra e dos impostos. Desse modo, parte daqueles que lutaram por essa transformação, pela impossibilidade de pagar essas taxas, é empurrada para longe, para recomeçar a produção social da cidade em outro lugar e, mais umavez, vai propiciar a expropriação de renda que é feita por uma pequena parcela da sociedade - na qual a grande massa da população não está incluída - os incorporadores imobiliários, isto é, as empresas que, individualmente ou associadas aos proprietários de terra, devem lotear glebas para o uso habitacional, obedecendo, portanto, à legislação em vigor. No entanto nem sempre os loteamentos são efetuados por tais empresas. Em diversas ocasiões, parte da população, que fora excluída não apenas do processo de moradia, mas de diversos outros processos, produz a cidade de maneira clandestina, sendo a autoconstrução a alternativa encontrada para suprir a demanda pela moradia (GOMES, 2003, p. 3).

Pode-se inferir, da citação, que um dos problemas da habitação, no Brasil, e possivelmente não só dela, mas de outros setores, foram e, de certa forma ainda são, os preços proibitivos dos terrenos e da construção.

Entretanto, na necessidade extrema de ter um abrigo, muitos se lançam às construções rudimentares, para dar abrigo a si ou à família e, como também não podem adquirir um terreno, ocupam, de forma inadequada, áreas mais à mão. Surgem, assim, as favelas que a pouco e pouco se agigantam em áreas irregulares de habitação, mesmo as quais oferecem, muitas vezes, riscos à integridade material e física das pessoas que ali habitam.

Algumas outras pessoas, quando podem adquirir um terreno em área regular ou mesmo em área irregular, mas, à custa de alguns sacrifícios maiores, podem arcar com o custo de material, constroem em forma de mutirão familiar.

Nesse sentido, Gomes elenca que:

A autoconstrução é um processo bastante demorado, uma vez que acontece a partir da utilização do tempo livre da família, a saber: os finais de semana e os períodos de férias. Assim, o ritmo da autoconstrução segue o ritmo do tempo livre do trabalhador, bem como a disponibilidade de dinheiro dos integrantes do grupo familiar. Normalmente, é feito um financiamento em um dos depósitos de material de construção existentes no próprio bairro. Os recursos utilizados na autoconstrução são resultantes dos extras do grupo familiar (GOMES, 2003, p. 4).

Desta forma, ainda, é que se dá no Brasil, a busca por uma moradia por grande parte da população. Porém, mais políticas habitacionais têm sido desenvolvidas pelo Estado, desde a década de 1960, ensejando, cada vez mais, que um número maior de pessoas com menor renda, tenha acesso à casa própria e que esta não seja mais uma das construções irregulares e de risco (ALVES, 2021).

População de baixa renda que tem o "jeitinho brasileiro", no momento em que o terreno foi adquirido ou ocupado chamam-se os familiares, os amigos, o pedreiro conhecido, os vizinhos, juntam-se os materiais disponíveis e, em pouco tempo, o alicerce, as paredes, o teto, estão lá para abrigar o sonho do morador."(FERRARI, 2019, p. 43)

Portanto, pode-se perceber que, no decorrer da história da habitação, no Brasil, a grande questão que ainda parece permanecer, é a população poder adquirir seu local de moradia com mais facilidade, pois parece que as políticas de habitação teriam tal prioridade ou, pelo menos, reduzir, ao máximo, o déficit habitacional.

#### **4 REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

A Constituição de 1988, sob a égide do Estado Social em contraponto ao antigo Estado Liberal, eleva a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio orientador de todo o ordenamento jurídico. Portanto, há de ser considerada a função social da propriedade como uma condicionante impositiva e involuntária ao titular do direito, como afirma Ferrari:

A Constituição de 1988, ao disciplinar os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, declarou, expressamente, no art. 5º, XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, determinando que está destinada a esta missão, independentemente da vontade de seu titular, o que, segundo Caramuru Afonso Francisco, quer dizer que o direito de propriedade só é intocável diante do Estado, se cumprir o bem da comunidade. “Em verdade, a propriedade assume uma dimensão pública, tendo o proprietário o dever de usar a coisa no interesse da comunidade (FERRARI, 2019, p.46) .

Entende-se que, quando se trata do meio ambiente urbano, a função social da propriedade deve obedecer às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no Plano Diretor (artigo 182, § 2º da Constituição Federal de 1988). Este, por sua vez, deve priorizar a defesa do meio ambiente, visto que o município tem competência constitucional para protegê-lo e também consoante prevê a Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades), nos artigos 39 e 2º, está presente a premissa da função social da propriedade imobiliária urbana, e no artigo 5º da mesma lei estão sedimentados os instrumentos de concreção para a efetivação da função social.

Importante lembrar que a moradia já vinha prevista na Constituição como dever do Estado, na forma de promoção de Programas Habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX. Porém, com a alteração dada pela EC26/2000, a questão da moradia social enquanto dever estatal expresso na Carta Magna ganha contornos de maior eficácia e facilita a exigência pela população desse dever estatal (MARÉS, 2021).

Portanto, mediante tantas alterações na nova conformação do direito de propriedade e a elevação da moradia como direito social expresso na Constituição, somados à demanda sempre pungente por habitação nos grandes centros, fez-se necessária a criação de uma nova ordem urbanística, que originou o Estatuto da Cidade.

Do ponto de vista jurídico, existem duas acepções quanto ao direito de propriedade. Num sentido amplo, este recai sobre coisas corpóreas como incorpóreas. Quando recai exclusivamente sobre coisas corpóreas, recebe a denominação peculiar de domínio. Conforme nos ensina o autor supracitado, “a noção de propriedade mostra-se, destarte, mais ampla e mais compreensiva do que a de domínio” (MARÉS, 2021, p. 54).

Novamente, a Constituição de 1988 vem redefinir conceitos ao constitucionalizar o direito urbanístico. Importante ressaltar a lição de Carlos Ari Sundfeld: “Deveu-se, portanto, à Constituição, e não a qualquer texto legislativo, a definitiva positivação, no Brasil, do paradigma do direito urbanístico”. Mesmo assim, diversos impasses ainda travaram a passagem do direito urbanístico para a vida adulta (SUNDFELD, 2019, p. 44).

O Estatuto da Cidade surgiu então em 2001, para dar efetividade à política urbana prevista genericamente na Constituição de 1988, pois regulamentou os artigos 182 e 183.

A regularização fundiária vem assim prevista na Lei 10.257/2001:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

A preocupação social está novamente explícita na norma jurídica, porque afinal são as classes menos favorecidas que reclamam do Estado políticas públicas para tentar minimizar a desigualdade social. O Estatuto da Cidade, nesse ponto, é um agente transformador da ideia de irregularidade urbanística, conforme ensina Carlos Ari Sundfeld:

A exigência de um ordenamento que conduza à regularização fundiária e urbanística das ocupações populares existentes introduz um condicionante novo e transformador bem nosso direito urbanístico. Até então a incompatibilidade entre as ocupações populares e a ordem urbanística ideal tinha como consequência a ilegalidade daquelas (sendo a superação desse estado um dever dos responsáveis pela irregularidade – isto é, dos próprios ocupantes. Com o Estatuto a equação se inverte: a legislação deve servir não para impor um ideal idílico de urbanismo, mas para construir um urbanismo a partir dos dados da vida real. Desse modo, o descompasso em ter a situação efetiva das ocupações populares e a regulação urbanística terá como consequência a ilegalidade desta última, e não o contrário (SUNDFELD, 2019, p. 51).

Novamente, a Constituição de 1988 vem redefinir conceitos ao constitucionalizar o direito urbanístico. Importante ressaltar a lição de Carlos Ari Sundfeld: “Deveu-se, portanto, à Constituição, e não a qualquer texto legislativo, a definitiva positivação, no Brasil, do paradigma do direito urbanístico. Mesmo assim, diversos impasses ainda travaram a passagem do direito urbanístico para a vida adulta (MARÉS, 2021).

Coube à nova lei enfrentar o desafio de consolidá-lo (fixando conceitos e regulamentando instrumentos), de lhe conferir articulação, tanto interna (estabelecendo os vínculos entre os diversos instrumentos urbanísticos) como externa (fazendo a conexão de suas disposições com as de outros sistemas normativos, como as do direito imobiliário e registral), e, desse modo, viabilizar sua operação sistemática.

A regularização fundiária vem assim prevista na Lei 10.257/2001:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

O artigo 2º, da Lei 6.766/79, além de definir o desmembramento, prevê certos procedimentos que visam preservar alguns aspectos, e outros que visam melhorar a infraestrutura da área.

§ 2º - considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe.(Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

§ 5o A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água



potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 6º A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

I - vias de circulação; (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

II - escoamento das águas pluviais; (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

III - rede para o abastecimento de água potável; e (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.99)

IV- soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar. (Incluído pela Lei nº 9.785, 29.1.999)

Pode o município regularizar as áreas consideradas irregulares, procedendo aos encaminhamentos, nos termos previstos a partir do artigo 40 da Lei 6.766/79, desde que haja previsão, pelo município, para a criação de Zonas de Interesse Social, as quais foram admitidas pela Lei 9.785/99. Estas Zonas de Interesse Social, em muitos municípios são tratadas como Loteamentos Populares. Além disso, para tornar possível a efetivação das regularizações, devem ainda, nos termos da lei, serem ouvidas as populações interessadas e observadas, rigorosamente, as leis orçamentárias, as quais deverão prever os investimentos que o município aplicará e o montante que envolverá o processo em sua totalidade (DALARI, 2019).

Em termos gerais, Regularização fundiária, é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídicos, físico e social, que objetiva a permanência das populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária (ALFONSIN, 2019 p.268).

A autora analisa tal conceito como um processo de intervenção pública, significando que a Regularização Fundiária, demanda uma política governamental que tenha metas, estratégias e sustentação, com o objetivo de criar condições para que o poder público municipal exerça seu dever constitucional de garantir o cumprimento integral da função social da cidade e da propriedade urbana. Segundo Alfonsin (2019, p.268). entender este instituto como regularização jurídica, física e social é reafirmar o caráter multidisciplinar



e interdisciplinar da questão). Ao desconsiderar qualquer uma de suas interconexões é correr o risco de fracasso. A regularização jurídica das áreas é imperativa, pois expressa a importância da segurança individual da posse para os ocupantes.

Sem a titulação jurídica perpetuando a insegurança da posse e negando o direito de mora dos ocupantes, faz o processo incompleto, e todo o redesenho da circulação, tamanho dos lotes, alocação de casas precárias ou em situação de área de risco ou de preservação ambiental perderia seu objetivo. Que é a integração desses espaços à cidade.

Assim, a Lei Federal nº 11.977/2009 definiu dois tipos básicos de Regularização Fundiária para dar conta dessas situações: Regularização Fundiária de Interesse Social, e Regularização Fundiária de Interesse Específico.

Desse modo, a regularização fundiária de interesse social aplica-se aos assentamentos ocupados predominantemente por população de baixa renda, nas situações em que exista o reconhecimento legal ou administrativo do direito à moradia.

Segundo Betânia Alfonsin:

tal instrumento é voltado para intervenção em áreas de ocupação já consolidada (Área urbana consolidada é A parcela da área urbana com densidade demográfica superior a 50 (cinquenta) habitantes por hectare e malha viária implantada e que tenha, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes equipamentos de infraestrutura urbana implantados: drenagem de águas pluviais urbanas; esgotamento sanitário; abastecimento de água potável; distribuição de energia elétrica; limpeza urbana, coleta e manejo de resíduos sólidos), onde não haja oposição do proprietário do imóvel. Como a demarcação urbanística só pode ser aplicada nos casos de regularização fundiária de interesse social, a área deve ser ocupada predominantemente por população de baixa renda e atender a pelo menos um dos requisitos exigidos para essa modalidade de regularização, conforme está disposto na lei nº 11.977/09 (ALFONSIN, 2019, p. 190).

A demarcação urbanística pode ser feita somente pelo poder público, ou seja, pela União, pelos estados, pelos municípios e pelo Distrito Federal, incluindo seus órgãos delegados da administração indireta (DALARI, 2019).

Nos casos de terras particulares, a demarcação urbanística pode se dar por qualquer um desses entes. Nos casos de áreas públicas, cada ente fará a demarcação de seu respectivo domínio. A Legitimação de posse é também é um instrumento voltado para o reconhecimento da posse de moradores das áreas objeto de demarcação urbanística.

Trata-se da identificação pelo poder público de uma situação de fato, que é a posse mansa e pacífica de uma área, por pessoas que não possuem título de propriedade ou de concessão e que não sejam foreiras de outro imóvel urbano ou rural. (ALFONSIN, 2019, p.192).

Uma das finalidades da legitimação, segundo Betânia (ALFONSIN, 1997, p 194), é dar publicidade às posses identificadas e qualificadas, por meio da confecção de um título pelo poder público, em nome do morador, e de seu registro no cartório de registro de imóveis.

Quando a legitimação de posse é realizada em áreas privadas, ocorre a possibilidade da aquisição da propriedade por meio da usucapião administrativa. Em relação a áreas públicas, pode-se facilitar a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos definidos pelo titular de domínio da área. (SILVA, 2019).

Como o título de legitimação de posse não reconhece um direito real, sua utilização em áreas públicas é conveniente apenas nos casos em que o ente promotor da ação não seja o proprietário do imóvel, pois caso o procedimento seja realizado pelo proprietário a legitimação de posse torna-se desnecessária, já que existem outros instrumentos viáveis para fazer a transferência de direito real ao possuidor, de imediato, tais como a Concessão de Uso Especial de Moradia, a Concessão de Direito Real de Uso, e doação.

Um dos maiores destaques da Lei nº 11.977/2009, é a possibilidade de promover, por decisão fundamentada, a regularização fundiária em áreas de preservação permanente, assim definidas pelo Código Florestal, Lei Federal nº 4.771/1965. Essa possibilidade é adstrita à regularização fundiária de interesse social e somente pode ser acolhida nos casos em que: a ocupação tiver ocorrido em data anterior a 31 de dezembro de 2007; o assentamento deve estar implantado em área urbana consolidada através de estudo técnico realizado por profissional legalmente habilitado comprovando que as intervenções programadas aludirão melhoria das condições ambientais relativamente à situação de ocupação irregular anterior, e estar vinculado ao projeto de regularização fundiária.

Deve-se também, entre outras medidas, caracterizar a situação ambiental da área a ser regularizada; estar devidamente especificado os sistemas de saneamento básico; Devem-se propor intervenções para o controle de riscos geotécnicos e de inundações e estabelecer formas de recuperação de áreas degradadas e daquelas não passíveis de regularização. (DALARI, 2019).

A regularização fundiária de interesse específico é toda aquela área em que não está caracterizado o interesse social, nos termos da Lei nº 11.977/2009. Como tal, não se pode utilizar dos mesmos instrumentos e mecanismos definidos especificamente para os casos de regularização fundiária de interesse social, como a demarcação urbanística, a legitimação de posse e a regularização fundiária em áreas de preservação permanente (CARVALHO, 2021).

A regularização fundiária de interesse específico requer a elaboração do projeto de regularização, na forma definida no artigo 51 da Lei nº 11.977/2009, que deve ser aprovado pelas autoridades competentes e deve observar as restrições à ocupação de áreas de preservação permanente. (MORAES, 2019).

Desse modo, a implantação do sistema viário, da infraestrutura básica e dos equipamentos comunitários definidos no projeto poderá ser compartilhada, inclusive entre os beneficiários, cabendo às autoridades responsáveis pelas licenças urbanística e ambiental definir as responsabilidades.

Desse modo, as autoridades poderão exigir contrapartidas e compensações, que deverão ser previstas no Estatuto da Cidade e no Plano Diretor e integrar, no caso concreto, termo de compromisso firmado perante as autoridades responsáveis pelo licenciamento, com forma de título executivo extrajudicial.

Com isso, busca-se assegurar a função social da propriedade. Isso porque a propriedade foi protegida por todo o ordenamento jurídico Brasileiro, deve-se observar que, como Estado Democrático de Direito no qual estamos inseridos e o princípio da dignidade da pessoa humana, com o intuito de restringir os abusos e impedir que o exercício do direito a propriedade acarrete prejuízos ao bem-estar social, o legislador condicionou tal direito a uma função social.

Segundo Nelson Rosenvald (2012, p.307), a noção de função social se traduz pela sua expressão que significa cumprir algo ou desempenhar um dever ou utilidade. Leciona Maria Helena Diniz (2019, p.107), que a função social da propriedade é imprescindível para que se tenha um mínimo de condições de convivência social.

Assim sendo, a função social da propriedade não vincula somente a propriedade de um bem, vincula também todo o reclamo da justiça social, visto que é exercido em favor de toda coletividade. Desse modo observa-se que a função social da propriedade se efetiva, como um instrumento de equilíbrio da atividade econômica e também para punir o proprietário que a utiliza sem atender ao interesse social.

Contudo, é sabido que nem tudo que não é proibido é permitido, pois entre o proibido e o permitido, se assenta o abusivo. E tal ato é tão ilícito quanto o ato proibido (art. 181, cc).

Esclarece Nelson Rosenvald (2012, p.317), que a função social da propriedade não se confunde com as limitações ao direito de propriedade imposta pelo ordenamento jurídico. As restrições ao direito de propriedade são normas emanadas de direitos de vizinhança (art. 1.277 do CC) e direito administrativo (por exemplo, desapropriação, requisição).

Ainda segundo o autor referidas compreensões ao exercício das faculdades do domínio emanam de imposições que objetivam evitar o exercício anormal do direito de propriedade e possuem conteúdo negativo no sentido de sacrificar a sua extensão, ao impedir que proprietários possam prejudicar direitos de outros proprietários ou interesses urbanísticos. Portanto, cuida-se de obrigações de não fazer que priorizem interesses opostos aos do proprietário, limites negativos e externos ao direito de propriedade (DALARI, 2019).

Considerando a regularização fundiária, observa-se que a função social consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns. Quando ocorrer regularização de área verde ocupada, serão aplicados os procedimentos que equivalem às propriedades particulares, com a peculiaridade que o então detentor ilegal da terra, terá a concessão, que será emitida pela Prefeitura, sem ônus para o detentor, o que o fará legítimo proprietário do imóvel em questão. O título de uso especial terá registro no Registro de Imóveis (MARÉ,S 2014).

Ainda, mesmo na atualidade, parece haver problemas não solucionados, principalmente no que tange à burocracia, tanto no que se refere à questão da regularização dos imóveis urbanos irregulares, quanto na questão da aquisição da casa própria, através do Plano Habitacional antes citado, como se pode notar em reportagem do Correio Brasiliense, em edição de setembro de 2010. Não obstante problemas de outras ordens, ainda há a questão da especulação, como se pode perceber na referida reportagem (CORREIO BRASILIENSE, 2010).

Porém o esforço do Poder Público para a consecução desse Programa Habitacional foi além da normatização já existente, com a promulgação da Lei nº 11.977, de 09 de julho de 2.009. Em que pese a existência dos problemas antes mencionados, são projetos que buscam, de alguma forma, dar à população de baixa renda, oportunidade de regularizar o imóvel que habitam ou de adquirir, de forma também regular e legal, o imóvel que ainda

não possuem, dando mais um passo em direção a uma vida digna, a qual é direito fundamental de qualquer cidadão.

## CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, ressalta-se que preocupação social está novamente explícita na norma jurídica, porque afinal são as classes menos favorecidas que reclamam do Estado políticas públicas para tentar minimizar a desigualdade social garantido moradia e dignidade às pessoas, por intermédio da função social da propriedade.

Existe, no ordenamento jurídico pátrio, a previsão de diversas ações jurídicas e urbanísticas, objetivando regularizar os loteamentos irregulares, e provê-los dos recursos, não só os essenciais, como redes de água e esgoto, iluminação, vias de acesso, dentre outros, mas adequá-los ao Plano Diretor municipal, tornando estas áreas dignamente habitáveis e com aparência urbanística que denote esta dignidade e, portanto, ofereça, aos moradores, melhor qualidade habitacional.

Sob o aspecto jurídico, os procedimentos visam proporcionar ao cidadão a segurança de ter sua habitação, terreno e áreas adjacentes, totalmente regularizada e usufruir o direito total sobre o seu lote. A regularização procura solver problemas como área irregular no registro imobiliário; demora no processo de aprovação; Legislação inflexível entre outras; Falta de fiscalização dos municípios, e, por fim, os loteadores inescrupulosos.

De todo o estudado, frisa-se que, por óbvio, ainda se está longe de solucionar os problemas de habitação no Brasil quanto à Regularização Fundiária Urbana, apesar das falhas que ainda possa carregar, tem sido um instrumento de desenvolvimento social, pois tem proporcionado, não só a regularização propriamente dita, como tem proporcionado melhores condições de vida a milhares de famílias pelo país inteiro.

Sugere-se, então, que outros pesquisadores busquem mais aprofundamento na questão, contribuindo, assim, para a ampliação da discussão acadêmica do tema e com sugestões que possibilitem mais material de estudo e contribuam, também, no sentido de difundir a ideia de que o estudo das condições habitacionais em nosso país podem ser melhoradas cada vez mais, não só através de programas do governo, criando políticas para o setor, mas pela conscientização de que o cidadão, para que seja um membro efetivamente contribuinte da sociedade em que vive, deve ele, antes, viver com dignidade. E a moradia digna é um dos fatores que contribuem para isto.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. **Regularização fundiária**. Rio de Janeiro: IPPUR, 2019.

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth. **Terra de Direitos – organização de direitos humanos (PR)**. In: Regularização Fundiária Urbana no Brasil. Brasília: Ministério das Cidades, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 19 de abril de 2022.

CARVALHO, Victor. **Direito urbanístico**. São Paulo: Atlas, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Direito municipal**. 2. ed.. São Paulo: RT, 2019.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Estatuto da cidade comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

GOMES, Rita de Cássia da Conceição; SILVA, Anieres Barbosa; SILVA, Valdenildo Pedro. **Política habitacional e urbanização no Brasil**. Depósito Legal: B. 21.741-98 Vol. VII, num. 146(083), 1 de agosto de 2003. Disponível em <http://www.ub.es>. Acesso em 29 de abril de 2022.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021.

MARQUESI, Roberto Wagner. **Direitos Reais Agrários & Função Social**. 2 ed. Curitiba: Juruá. 2015.

ORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2019.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito urbanístico e ambiental**. São Paulo: RT, 2019.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**. Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: RT, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Estatuto da Cidade e suas Diretrizes Gerais (art. 2º). In: **Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/01)**. org. por Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2019.



## **CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DE CONTRATOS E PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS**

**MARCELA VOLPONI XAVIER DE SÁ SANTOS:**  
Mestranda em Direito Administrativo na PUC-SP. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da FGV-SP. Advogada em São Paulo.<sup>5</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo traçar um panorama do controle exercido pelo Tribunal de Contas das contratações celebradas pela Administração Pública direta e indireta, especialmente sobre parcerias em oportunidades de negócio celebradas com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Para tanto, será objeto de análise a atuação do TCU na atividade de controle externo contratos específicos celebrados pela empresa estatal Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras, bem como as consequências e os riscos envolvidos na atuação do TCU frente a contratações dessa natureza.

**Palavras-chave:** Controle externo. Tribunal de Contas. Empresas estatais. Limites. Parcerias em oportunidades de negócio.

**Abstract:** This article aims to provide an overview of the control exercised by the Brazilian Federal Court of Auditors of contracts entered into by the Public Administration, especially on partnerships in business opportunities entered into based on art. 28, § 3, II, of Law n. 13,303/2016 (Law of State-owned Companies). For this purpose, the performance of the Brazilian Federal Court of Auditors in the external control activity of specific contracts entered into by the state company Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras, as well as the consequences and risks involved in the performance of the Brazilian Federal Court of Auditors in relation to contracts of this nature, will be analyzed.

**Keywords:** External control. Brazilian Federal Court of Auditors. State-owned companies. Limits. Partnerships in business opportunities.

### **1. INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos as intervenções praticadas pelo Tribunal de Contas em contratos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, tais como exigência de garantias além das previstas no edital de licitação, adoção de medidas cautelares que determinam retenção de pagamentos, alteração de cláusulas contratuais inclusive com determinação

---

<sup>5</sup> Mestranda em Direito Administrativo na PUC-SP. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da FGV-SP. Advogada em São Paulo.

de redução de valores, entre outras deliberações de cunho interventivo no curso original do contrato, têm sido objeto de intenso debate.

Não se nega a importância da atuação da Corte de Contas no controle dos gastos públicos – seja por meio da adoção de prerrogativas especiais, atuando como auxiliar do Legislativo; seja por meio do exercício de competências próprias, independentemente da deliberação ou aprovação do Legislativo. Contudo, não se pode ignorar os riscos relacionados à forma como tal órgão vem atuando e os impactos da atividade fiscalizatória especialmente à liberdade negocial das empresas estatais nas contratações que realiza.

Nesse contexto está inserida a interferência do Tribunal de Contas em parcerias em oportunidades de negócio celebradas por empresas estatais, com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), objeto de análise casuística no presente artigo.

O objetivo do artigo é, portanto, traçar um panorama do controle exercido pelo Tribunal de Contas das contratações celebradas pela Administração Pública direta e indireta, para, então, adentrar à análise dos limites desse controle sobre as parcerias em oportunidades de negócio celebradas com fundamento na Lei das Estatais. Para tanto, será objeto de análise a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) na atividade de controle externo dos seguintes instrumentos: (i) contrato celebrado entre o então Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e a empresa estatal Telecomunicações Brasileiras S.A. – Telebras, em que o TCU deferiu pedido cautelar para suspender a execução do contrato em questão e, conseqüentemente, impedindo a Telebras de providenciar a instalação da infraestrutura necessária à prestação do serviço objeto da contratação (Acórdão 1.692/2018 – Plenário, Acórdão 2.213/2018 – Plenário e Acórdão 2.487/2018 – Plenário); e (ii) contrato celebrado entre a Telebras e a empresa Viasat, que tem por objeto o compartilhamento de receitas decorrentes da exploração de satélite para a prestação de serviços de telecomunicação (Acórdão 2.488/2018 – Plenário e Acórdão 1.170/2019 - Plenário). Ao final, após considerações conclusivas, encontra-se a referência à bibliografia utilizada.

## **2. PANORAMA DO CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **2.1. Considerações sobre o controle sobre as empresas estatais**

Conforme ensinamentos do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública direta, indireta e fundacional está sujeita a controle interno – aquele

exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do Poder Executivo –, e a controle externo – aquele efetuado por órgãos alheios à Administração<sup>6</sup>.

Assumida tal premissa terminológica, cumpre pontuar que a Lei 13.303/2016, que disciplina o estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, evidencia a preocupação do legislador com a forma de controle interno e externo das empresas estatais. Há, no texto legal, normas sobre transparência (art. 8º), governança (art. 14 a 26), licitações e contratos (art. 28 a 81). Dedicou-se, ainda, um capítulo específico ao controle de tais entidades pelo Estado e pela sociedade (arts. 85 a 90).

Com relação ao controle interno<sup>7</sup>, embora não seja o objeto deste trabalho, cumpre pontuar brevemente que a Lei 13.303/2016 fortaleceu as regras de governança e de transparência, permitindo maior acompanhamento e supervisão das atividades desempenhadas pelos administradores das empresas estatais<sup>8</sup>.

Quanto ao controle externo<sup>9</sup>, muito embora a Lei 13.303/2016 não traga mudanças significativas nesta seara, o novo diploma clareia alguns aspectos relacionados aos limites e à extensão da fiscalização exercida pela Corte de Contas, bem como quanto aos sujeitos fiscalizados (arts. 85 a 90). Conforme artigo 85, a fiscalização e o controle das empresas públicas e das sociedades de economia mista foram atribuídos aos órgãos de controle externo e interno das três esferas de governo, estando sujeitas a fiscalização inclusive aquelas entidades domiciliadas no exterior, quanto à legitimidade, à economicidade e à eficácia da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista contábil, financeiro, operacional e patrimonial. Verifica-se, assim, o amplo controle externo a que estão sujeitas as empresas

---

6 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 937.

7 Conforme art. 74 da Constituição Federal, a Administração, bem como os Poderes Legislativo e Judiciário, deverão manter um sistema integrado de controle interno com a finalidade de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas e do orçamento; de comprovar a legalidade e avaliar resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial; de exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União, e de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

8 Nesse sentido a redação da Lei 13.303/2016: “Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.”.

9 Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o controle externo compreende (i) o controle parlamentar, (ii) o controle exercido pelo Tribunal de Contas (órgão auxiliar do Legislativo nesta matéria) e (iii) controle jurisdicional (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo, op. cit.*, p. 940).

públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>10</sup>.

Cabe observar que as empresas públicas e sociedades de economia mista já eram submetidas ao controle externo da Corte de Contas antes da promulgação da Lei 13.303/2016. Tal controle já era atribuído ao Poder Legislativo (controle político), com auxílio do Tribunal de Contas, nos termos dos artigos 70 e 71, II, da Constituição Federal, e ao Poder Judiciário (controle jurisdicional)<sup>11</sup>:

#### Constituição Federal

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (destaques nossos)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

---

<sup>10</sup> Da redação do art. 1º da Lei 13.303/2016, extrai-se que o controle externo engloba toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

<sup>11</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, todas as disposições constitucionais acerca do TCU aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização incumbentes aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselheiros de Contas dos Municípios, atendidas as disposições estabelecidas nas respectivas Constituições estaduais, conforme art. 75, *caput*, e parágrafo único da Constituição Federal. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, *op. cit.*, p. 946).

(...)

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 pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (destaques nossos)

Vale também ressaltar que, apesar de a Constituição Federal dispor sobre a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista ao controle do Tribunal de Contas, com relação às sociedades de economia mista e outras entidades da administração indireta, houve um período em que se entendeu que o TCU não era competente para fiscalizar as operações dessas entidades quando a elas aplicáveis disposições de direito privado, e quando ausentes recursos essencialmente públicos. Atualmente, a jurisprudência pacificada do Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece a competência do TCU na fiscalização das empresas estatais, inclusive das sociedades de economia mista<sup>12</sup>.

## **2.2. O controle exercido pelo Tribunal de Contas**

Com a promulgação da Constituição Federal de 1967, especialmente em decorrência do crescimento do Estado e de suas funções, o controle externo exercido pelo Tribunal de

---

<sup>12</sup> Sobre o tema, Maria Hermínia Penteadó Pacheco e Silva explica que tal entendimento foi inicialmente manifestado pelo STF em votos proferidos no MS 23.627/DF, MS 23.875/DF e MS 25.092/DF. Conforme esclarece a autora, segundo a Corte, o controle externo a cargo do TCU, exercido sobre tais entidades, sujeitava-se a limitações. Todavia, tal posicionamento foi revisto por ocasião do julgamento do MS 25.181/DF. (“O controle das empresas estatais”. In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, pp. 313-345). Para referência, a ementa do acórdão: “MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.” (STF. MS 25.181-DF – Plenário. DJ 16/06/2006. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Data da Sessão: 10/11/2005 – destaques nossos).

Contas sobre as contratações públicas passou a ser realizado *a posteriori*<sup>13</sup> – opção mantida pela Constituição Federal de 1988<sup>14</sup>. Significa dizer que, desde então, não se exige que os contratos, antes de produzirem efeitos e gerarem despesas orçamentárias, devam ser submetidos a registro perante a Corte de Contas. Dito de outra forma: a Administração pode celebrar e executar ações geradoras de despesas públicas, inclusive contratos, independentemente da prévia aprovação do controlador externo.

O art. 70, *caput*, da Constituição Federal, dispõe que compete ao Congresso Nacional efetuar o controle externo da Administração direta e indireta, exercendo fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, para o que contará com o auxílio do TCU, nos termos do art. 71. Como se vê, são consideravelmente amplas as competências fiscalizatórias da Corte de Contas.

Entre as competências elencadas nos inúmeros incisos do art. 71 da Constituição Federal, merece destaque, para fins do presente trabalho, o inciso II. Isso porque, segundo o dispositivo, com relação aos contratos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, a atuação do Tribunal de Contas ocorre, no atual modelo constitucional, por meio do *juízo das contas dos administradores* (da Administração direta, indireta e fundacional)<sup>15</sup>. Antes da análise prévia no cerne do julgamento das contas dos

---

<sup>13</sup> Para uma melhor compreensão do histórico do controle externo sobre as contratações públicas e dos diversos sistemas de controle (“controle prévio”; “controle posterior” e “controle concomitante”), recomenda-se: SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, pp. 111-144, maio/ago.2011. No referido artigo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara pontuam que, numa primeira fase, que vai de 1890 – data de implementação dos Tribunais de Contas – até a Constituição de 1967, o controle de gastos estava imbricado na própria função de administrar, de modo que a realização das atividades financeiras estatais dependia tanto da decisão dos entes administrativos propriamente ditos como também da atuação dos órgãos de controle, os quais participavam da deliberação de contratar particulares para o exercício de atividades administrativas. Com a expansão da máquina estatal e, via de consequência, dos organismos estatais sujeitos ao controle externo, a manutenção desse modelo tornou-se inadequada e ineficiente, justificando que a fiscalização dos contratos celebrados pela Administração passasse a ser posterior, cabendo às Cortes de Contas, em especial, repreender condutas irregulares de administradores e de particulares que recebam recursos públicos.

<sup>14</sup> Vale dizer que o chamado controle prévio só é admitido em relação aos atos de admissão de pessoal (excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão), bem como às concessões de aposentadorias, reformas e pensões, nos termos do art. 71, III, da Constituição Federal.

<sup>15</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas, *op. cit.*, p.117.



administradores, admite-se a análise de despesas específicas de modo concomitante à sua execução, no curso de inspeções ou auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária operacional e patrimonial, nos termos do art. 71, IV, da Constituição Federal<sup>16</sup>.

Uma vez constatada irregularidade ou ilegalidade nas contas ou despesas analisadas, compete ao Tribunal de Contas aplicar sanções aos responsáveis (art. 71, VIII)<sup>17</sup>, cabendo, ainda, assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificar ilegalidade (art. 71, IX), competindo-se sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X). Se se tratar de contrato (art. 71, § 1º), o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso, o qual, de imediato, solicitará ao Executivo as medidas cabíveis. Caso não sejam adotadas as providências previstas dentro do prazo de noventa dias, o próprio Tribunal deliberará a respeito (art. 71, § 2º). Sobre esse ponto, questões adicionais serão apresentadas no item 2.3.

Em consonância com o texto constitucional, o art. 87 da Lei 13.303/2016, em reforço ao previsto no art. 85, determina que o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos pela referida lei será feito pelos órgãos do sistema de controle interno e pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente. O referido dispositivo se assemelha ao art. 113 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), prevendo que o controle de despesas decorrentes de contratos e de outros instrumentos será feito por controles internos e pelos Tribunais de Contas, ficando o órgão interessado (no caso, as empresas estatais) responsável “pela demonstração da legalidade e da regularidade da despesa e da execução, nos termos da Constituição”. Já o § 3º do art. 87 diz que os Tribunais de Contas poderão solicitar para exame, a “qualquer tempo, documentos de natureza contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional” das empresas estatais, que se obrigarão a adotar as “medidas corretivas pertinentes” que lhes forem determinadas.

Cumprir observar ainda que no atual modelo constitucional e legal, o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas sobre contratos celebrados pela Administração Pública,

---

<sup>16</sup> Conforme entendimento de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, as inspeções e auditorias não são instrumentos para o controlador exercer o chamado “controle prévio” admitido antes da Constituição de 1967, no qual a execução dos contratos dependia da prévia aprovação do controlador externo (Ibidem, p.117).

<sup>17</sup> Conforme previsto no texto constitucional, o poder de coação do Tribunal está consubstanciado na aplicação das seguintes sanções: multas e ressarcimento de danos causados ao erário, ambos com força de título executivo (art. 71, VIII, e § 3º, da Constituição Federal); inelegibilidade a qualquer cargo público, em face de julgamento pela irregularidade das contas (art. 71, II, e art. 1º, I, g, da Lei Complementar 64/1990); afastamento de autoridades de seus respectivos cargos (art. 44 da Lei 8.443/92); anular admissões e concessões de aposentadorias e pensões (art. 71, III, da Constituição Federal e Súmula 6 do STF); bloquear quotas-parte dos recursos tributários das administrações municipais e estaduais.

salvo raríssimas exceções, se dá sobre os responsáveis pela contratação. Desse modo, a Corte de Contas não anula contratos e não substitui atos da Administração<sup>18</sup>; ela aplica sanções aos responsáveis pelas despesas consideradas ilegais, inclusive multa, nos termos do art. 71, VIII, da Constituição Federal<sup>19</sup>.

A despeito de previsão expressa autorizando uma atuação repressiva por parte do Tribunal de Contas sobre os agentes, questiona-se, ainda, se seria possível uma atuação preventiva da Corte. O tema merece tratamento específico, o que será feito a seguir.

### **2.3. Controle preventivo pelo Tribunal de Contas: (in)competência para imposição de medidas cautelares em relação a contratos**

No que concerne ao poder de, diretamente, impor medidas cautelares que interfiram nas decisões da Administração Pública, como visto, a Constituição Federal trata de forma distinta o controle relativo a atos e contratos. Diversamente dos poderes que concedeu aos Tribunais de Contas em relação a atos administrativos, que podem ser suspensos em caso de irregularidades não sanadas pelo responsável no prazo estabelecido (art. 71, X, da Constituição Federal), a competência para a sustação de contratos – isto é, a suspensão parcial ou total da execução de negócio jurídico bilateral –, é reservada exclusivamente ao Poder Legislativo (no âmbito federal, ao Congresso Nacional, com o auxílio do TCU, nos termos do art. 71, § 1º e § 2º, da Constituição Federal). Assim, não tendo sido outorgada pela Constituição Federal às Cortes de Contas o poder de interferir diretamente na execução do contrato acaso não corrigida, pela Administração contratante, no prazo

---

18 Nesse sentido, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Há que se observar que ‘sustar’ não significa invalidar. Nem o Tribunal de Contas, nem o Congresso Nacional podem tirar do mundo jurídico um ato ou contrato praticado pela Administração, sob pena de infringência ao princípio da separação de poderes. ‘Sustar’ significa ‘fazer parar, interromper, suspender’. Não é por outra razão que o § 1º do art. 71 prevê a sustação do contrato pelo Congresso Nacional, mas, em seguida, estabelece que as ‘medidas cabíveis’ devem ser tomadas pelo Poder Executivo. É este que deve invalidar o contrato administrativo, dando cumprimento à decisão política adotada pelo Congresso Nacional.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 1548, nov./dez. 2013).

19 Nesse sentido, os ensinamentos de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara: “No Brasil, os poderes próprios dos Tribunais de Contas no controle de contratos são para *agir sobre os sujeitos* (sobre os responsáveis pelo contrato) e não sobre os objetos (isto é, sobre os contratos e sobre sua execução). O Tribunal fiscaliza e adverte os gestores, dialoga com eles e, se entender devido, os pune com sanções fortes (...). Mas, em geral, a pressão dos entendimentos do Tribunal sobre o curso da ação administrativa é apenas indireta, não imediata. O Tribunal não tem poder constitutivo ou desconstitutivo: não anula e não toma decisões substitutivas dos atos da administração”. (SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas, *op. cit.*, pp.117/118).

fixado, suposta irregularidade indicada pelo Tribunal de Contas, a competência para a adoção de eventual medida cautelar consistente na sustação do contrato é do Poder Legislativo.

A despeito de a Constituição reservar ao Legislativo tal competência, na prática tem-se verificado a adoção pelo Tribunal de Contas de medidas de caráter interventivo na execução de despesas relativas a contratações públicas, mesmo sem tipificá-las como *sustação*. As justificativas para este comportamento concentram-se no entendimento de que haveria em favor do Tribunal de Contas (i) um amplo poder de cautela sobre as matérias sujeitas à sua fiscalização; e (ii) competência para suprir omissões, que surgiria na hipótese de, após o prazo de noventa dias fixado no § 2º do art. 71 da Constituição Federal, não ter havido decisão do Congresso sobre a sustação do contrato. De acordo com esta linha de argumentação, “decidir a respeito” significaria sustar o contrato objeto de fiscalização. O tema é controverso e merece breve registro.

Segundo Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara,<sup>20</sup> apesar do esforço argumentativo da corrente que defende a existência desse amplo “poder de cautela”,<sup>21</sup> não é compatível com o texto constitucional o exercício de um genérico *poder cautelar*, uma vez que a Constituição Federal separou, de forma clara, as competências do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo no que tange à intervenção cautelar sobre contratos. No entendimento dos autores, à Corte de Contas foram atribuídas competências para examinar a legitimidade de contratos; conceder prazo para o responsável sanar irregularidades e punir os responsáveis por eventual ilicitude. Contudo, não lhe compete sustar contratos, competência atribuída exclusivamente ao Legislativo, nos termos do art. 71, § 1º, da Constituição Federal. E, nessa linha de entendimentos, quando o constituinte reservou ao Legislativo a prerrogativa de sustar contratos, concentrou no referido órgão toda e qualquer competência extrajudicial para intervir diretamente sobre a execução financeira do contrato, inclusive por meio de medidas que aparentemente não obriguem à suspensão integral do contrato – *i.e.*, determinar a suspensão de pagamentos e obrigar à revisão de valores previamente acordados. Portanto, para os ilustres autores, decisão do Tribunal de Contas que intervenha diretamente na execução de contratos configura usurpação de competência do Legislativo, sendo desprovida de validade. Na mesma linha, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>22</sup> entende que não há qualquer fundamento legal ou constitucional para a suspensão do contrato pelo Tribunal de Contas, seja liminarmente, seja em decisão final, para suprir omissão do Congresso Nacional ou do Poder Executivo.

---

<sup>20</sup>Ibidem, pp. 126/132).

<sup>21</sup>BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 8, n. 36, mar./abr. 2006, p. 380.

<sup>22</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*

Quanto ao argumento daqueles que defendem que a competência do Tribunal de Contas para sustar contratos estaria amparada no § 2º do art. 71 da Constituição Federal – ou seja, tal competência surgiria na hipótese de, transcorrido o prazo de noventa dias, não ter havido decisão do Congresso sobre a sustação do contrato, de modo que “decidir a respeito” significaria sustar o contrato objeto de fiscalização<sup>23</sup> –, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também se manifestaram a respeito. Para os autores, considerando o quadro de atribuições do Tribunal de Contas expressamente previstas no art. 71 da Constituição Federal, não se pode supor que a atribuição de sustar contratos, expressamente reservada ao Congresso Nacional, seja transferida à Corte de Contas de modo implícito, em caso de omissão, por meio de interpretação dada à expressão “decidir a respeito”. No limite, essa omissão do Congresso Nacional pode ser suprida pela adoção de medidas expressamente previstas na esfera de competências do Tribunal de Contas, tais como a punição de responsáveis<sup>24</sup>. Esse também parece ser o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem “essa interpretação [de que o TCU poderia sustar contratos em caso de omissão do Legislativo ou do Executivo] contraria frontalmente a intenção do constituinte de deixar a decisão para o Congresso Nacional, exatamente pelo caráter político de suas decisões a decisão do TCU”<sup>25</sup>, e de outros autores nacionais<sup>26</sup>.

---

23 Essa é a opinião de Eduardo Fortunato Bim. Para o autor, “(...) findo os 90 dias, o tribunal de contas pode sustar o contrato, ainda que o Legislativo não tenha decidido fazê-lo (decisão que não convalida ou impede a sustação do contrato, levando a questão a perdas e danos e evitando-se o resguardo do Erário). Da mesma forma que a inércia ou algum ato declaratório do Legislativo não convalidam a injuridicidade do contrato, a decisão de não sustar o contrato não impede o uso do poder geral de cautela pela corte de contas, independentemente de a autoridade competente para sanar a injuridicidade estar tomando as medidas ordenadas, uma vez que essa é provisória, ainda que seja posterior ao julgamento definitivo” (BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *op. cit.*). Ives Gandra Martins também é um dos autores adeptos dessa solução. Para o autor, a omissão do Legislativo e do Executivo deve ser punida e tal punição é “transformar o órgão vicário em órgão principal, passando a ter funções que antes pertenceriam ao Congresso, ao Poder Legislativo ou ao Poder Executivo” (MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 4, t. II, p. 75).

24(SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas, *op. cit.*, pp.133/135).

25 Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos, *op. cit.*

26 De acordo com André Janjácómo Rosilho, “A expressão utilizada pelo Texto Constitucional [“o Tribunal decidirá a respeito”] é um tanto quanto enigmática e imprecisa. Seria um equívoco, entretanto, interpretá-la de maneira a anular a escolha do constituinte de reservar a decisão de sustar contratos ao Congresso Nacional – opção essa que fica evidente não só a partir do próprio teor das normas vigentes, como também da história legislativa da Constituição”. Em seu trabalho, o autor traz importante resgate histórico envolvendo a Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), ressaltando que um dos temas mais debatidos

Como se vê, o texto constitucional não deixa margem para dúvidas: é do Congresso Nacional a prerrogativa de, extrajudicialmente, sustar contratos com indícios de irregularidades. Contudo, um aspecto final merece atenção: entendimento mais recente manifestado pelo STF sobre o tema<sup>27</sup>. Ao analisar Suspensão de Segurança envolvendo a sustação dos contratos celebrados pela Administração, a Ministra Cármen Lúcia, em sentido contrário ao manifestado pela Corte em julgamento anterior<sup>28</sup>, garantiu ao Tribunal de Contas a prerrogativa para suspender os efeitos de contratos<sup>29</sup>. Com a devida vênia, a

---

na ocasião foi o controle, pelos Tribunais de Contas, especialmente da possibilidade de, na futura Constituição, as Cortes de Contas terem competência para sustar a execução de contratos na hipótese de ilegalidades serem detectadas. Contudo, observa o autor, “mesmo com todo o apoio que a solução ampliativa das competências das cortes de contas teve no processo de elaboração da Constituição de 1988, fato é que ela não foi aceita pela maioria da ANC”. (ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>> Acessado em 15 nov. 2021).

27 Suspensão de Segurança nº 5182. Relator: Ministra Carmem Lúcia, julgado em 14.07.2017.

28 Em julgado de 2014, o STF havia dito que a competência para sustação de *contratos* é própria do Congresso, bem como afirmou que a competência para a sustação de *atos* é própria dos Tribunais de Contas. Ao julgar a ADI 3.715 (Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 21.08.2014), o Plenário da Corte confirmou medida cautelar e julgou procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “licitação em curso, dispensa ou inexigibilidade”, contida no inciso XXVIII do art. 19 e no § 1º do art. 33; da expressão “excetuados os casos previstos no § 1º deste artigo”, constante do inciso IX do art. 33; e do inteiro teor do § 5º do art. 33, todos da Constituição do Estado do Tocantins, com a redação dada pela EC estadual 16/2006. Na decisão acauteladora, o Tribunal consignara que os preceitos atribuiriam, à Assembleia Legislativa, a competência para sustar as licitações em curso, e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como criariam recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões do Tribunal de Contas estadual acerca do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos. Naquela assentada, entendeu que os preceitos impugnados não observariam o modelo instituído pela Constituição Federal, de observância compulsória pelos Estados-membros (Constituição, art. 75), que limitaria a competência do Congresso Nacional a sustar apenas os contratos (Constituição, art. 71, § 1º), e não preveria controle, pelo Poder Legislativo, das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, quando do julgamento das referidas contas (Constituição Federal, art. 71, II).

29 A Ministra Cármen Lúcia deferiu parcialmente o pedido para suspender a decisão proferida pela Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança n. 0002118-03.2017.8.10.0000 (Tribunal de Justiça do Maranhão), na parte em que a) obsta a atuação do Tribunal de Contas do Maranhão na fiscalização dos contratos firmados entre os cento e quatro municípios e a Interessada; b) ao suspender as cautelares do Tribunal de Contas maranhense, restabeleceu a execução integral dos contratos, permitindo o pagamento de honorários à interessada na forma combinada e antes de finda a análise regular dos ajustes pelo órgão de fiscalização (...). Para subsidiar a decisão, a Ministra justificou que a Corte de Contas, no exercício do poder geral de cautela, pode determinar medidas, em caráter precário, que assegurem o resultado final dos processos administrativos sob sua responsabilidade, incluindo-se, nessa prerrogativa, a possibilidade de



decisão confronta o próprio texto da Constituição, que dispõe, como dito anteriormente, que a suspensão de contrato é da competência do Legislativo.

### **3. CONTROLE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DE CONTRATOS E PARCERIAS EM OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS**

As intervenções praticadas pelo Tribunal de Contas em contratos celebrados pela Administração Pública direta e indireta (incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista) têm sido cada vez mais frequentes e, por isso, suscitam debate. Muito embora não se negue a importância da atuação da Corte de Contas no controle dos gastos públicos, não se pode ignorar os riscos e os impactos da atividade fiscalizatória especialmente à liberdade negocial das empresas estatais nas contratações que realiza. Nesse contexto está inserida a interferência do Tribunal de Contas em parcerias em oportunidades de negócio celebradas por empresas estatais, com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016.

#### **3.1. Breves apontamentos sobre a hipótese prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016**

Antes de adentrar à análise das decisões do TCU no exercício do controle externo de contratos celebrados com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, algumas considerações se fazem necessárias para a compreensão do tema.

Suprindo a lacuna no ordenamento jurídico acerca do regime de licitações e contratações públicas aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista – sejam elas prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, nos termos do *caput* do art. 1º30 –, foi editada a Lei 13.303/2016, que se configura como o estatuto previsto no art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal.

---

sustação de alguns dos efeitos decorrentes de contratos potencialmente danosos ao interesse público e aos princípios dispostos no art. 37 da Constituição Federal.

30 Para Marçal Justen Filho, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos continuam subordinadas ao regime da Lei 8.666/93. Nesse sentido, *“A Lei das Estatais, ao definir o seu âmbito de vigência material, incorporou a distinção de vigência material, incorporou a distinção entre empresas exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos. (...) Isto significa que as regras da Lei n. 13.303/2016 não se aplicariam às empresas estatais puramente prestadoras de serviços públicos. (...) A solução formal adotada foi diversa. Houve expressa referência a empresas públicas e sociedades de economias exploradoras de atividades econômicas. Portanto, apenas essas se subordinam ao regime diferenciado da Lei n. 13.303/2016. As demais, prestadoras de serviços públicos em regime de exclusividade, sem competição com o setor privado – continuam subordinadas ao regime da Lei n. 8.666/1998”* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 54-55). Vale



A Lei 13.303/2016 ordenou os casos de contratação direta em dois grandes grupos, seguindo a tradição normativa. Aludiu, assim, à dispensa e à inexigibilidade em seus artigos 29 e 30. Contudo, o legislador optou por dar tratamento diferenciado e distinto para duas hipóteses de absoluta incompatibilidade com a licitação, de modo que a Lei 13.303/2016 nem mesmo as enquadrando como dispensa ou inexigibilidade. Com efeito, a Lei 13.303/2016 foi além e introduziu ao ordenamento jurídico uma nova figura denominada por Marçal Justen Filho como “inaplicabilidade de licitação”. Trata-se das situações previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 28.

Como se verifica da redação dos referidos incisos, não haverá licitação nos seguintes casos: (i) atividade finalística, ou seja, comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus objetos sociais previstos em Estatuto (art. 28, § 3º, I); (ii) contratação vinculada à atuação concorrencial nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de competição (art. 28, § 3º, II). Para que seja possível firmar uma parceria com fundamento no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016, portanto, exige-se (i) escolha de parceiro associada a características particulares e (ii) oportunidade de negócio definida e específica.

O presente artigo tem por objetivo analisar, especialmente, decisões do TCU na atividade de controle externo sobre contratos e parcerias em oportunidades de negócio celebrados justamente com fundamento no inciso II do § 3º do art. 28 da Lei 13.303/2016 – a qual se refere “aos casos de seleção de parceiro para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que atributos pessoais apresentem relevância”<sup>31</sup>, atentando-se para as consequências e os riscos envolvidos na interferência do TCU em contratos dessa natureza<sup>32</sup>.

---

mencionar que o Ministro Vital do Rêgo, do TCU, já se manifestou sobre a ausência de distinção de regime jurídico entre as empresas estatais prestadoras de serviços públicos e aquelas que exploram atividade econômica na Lei das Estatais (Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/ministro-do-tcu-faz-consideracoes-sobre-a-lei-das-estatais.htm>. Acesso em 15.11.2021. Também sobre o tema, o artigo de Ana Cristina Fecuri: “Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal”. *In*: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, pp. 177-211.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. “A contratação sem licitação nas empresas estatais”. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. Lei 13.303/2016 – “Lei das Estatais”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 302.

32 O inciso II do § 4º do próprio art. 28 apresenta um rol exemplificativo das oportunidades de negócio a que se relacionam essas situações: “§ 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a

### **3.2. Panorama de decisões do TCU acerca de contratos e parcerias em oportunidades de negócio celebradas pelas empresas estatais**

O TCU já se manifestou sobre parcerias celebradas por empresas estatais com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei das Estatais. Destacamos, em ordem cronológica, os seguintes acórdãos: Acórdão 2.488/2018 – Plenário e Acórdão 1.170/2019 – Plenário. Para fins de compreensão do caso, importante abordar também aspectos relacionados aos Acórdão 1.692/2018 – Plenário, Acórdão 2.213/2018 – Plenário e Acórdão 2.487/2018 – Plenário. A análise de tais decisões permite identificar uma significativa interferência do Tribunal de Contas sobre os contratos e acordos de parceria celebrados por empresas estatais, bem como os riscos envolvendo tal interferência.

#### 3.2.1. Acórdão 1.692/2018 – Plenário, Acórdão 2.213/2018 – Plenário e Acórdão 2.487/2018 – Plenário

Em dezembro de 2017 o MCTIC realizou contratação direta por inexigibilidade da Telebras (Contrato MCTIC 02.0040.00/2017), para a prestação de serviços de conexão de internet via satélite a unidades de saúde, escolas, pontos de fronteiras, aldeias indígenas, entre outras localidades remotas e de difícil acesso do país.

Em 10.07.2018, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SindiTelebrasil, sindicato de empresas de telefonia, formulou representação com pedido cautelar (Representação 023.481/2018-8), apontando supostas irregularidades decorrentes da contratação direta da Telebras para a prestação de serviço continuado de transmissão bidirecional de dados, no âmbito do Programa Governo Eletrônico – Serviço de Atendimento ao Cidadão (Gesac). No entendimento do SindiTelebrasil, existiriam outras empresas interessadas na prestação do referido serviço, razão pela qual a contratação deveria ter sido precedida de procedimento licitatório. Com base nisso, o SindiTelebrasil apresentou pedido (i) cautelar para a imediata suspensão do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017; (ii) de invalidação do referido contrato; e (iii) de determinação para que o MCTIC realizasse licitação para a contratação dos serviços previstos no referido contrato e destinados a atender o programa Gesac. Já o MCTIC justificava a contratação pelo fato de a Telebras ser a única empresa capaz de prestar serviços com a tecnologia em banda Ka (banda não-militar) em áreas mais remotas do país.

Em 25.07.2018, o TCU deferiu o pedido cautelar, *inaudita altera parte*, suspendendo a execução do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, impedindo que a Telebras providenciasse

---

aquisição e a alienação de participação em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente”.

a instalação da infraestrutura terrestre necessária à prestação do serviço (Acórdão 1.692/2018 – Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes). Em 19.09.2018, a cautelar foi parcialmente reavaliada pelo TCU (Acórdão 2.213/2018 – Plenário, também da relatoria da Ministra Ana Arraes), para diminuir a abrangência de seus efeitos e possibilitar, caso necessário, a ativação de 98 pontos de conexão no âmbito do Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, nas localidades que faziam fronteira com a Venezuela. Em 31.10.2018, houve a revogação integral e definitiva da cautelar (Acórdão 2.487/2018 – Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler). Nesta oportunidade, o TCU declarou, de um lado, a validade do contrato celebrado entre MCTIC e Telebras e, por outro, estabeleceu diversas determinações e recomendações voltadas para o aperfeiçoamento de futuros processos de contratação direta no MCTIC.

O que se constata da análise das decisões mencionadas é que elas sinalizam uma interferência cada vez mais expressiva do TCU no âmbito das contratações realizadas por empresas estatais, atuando em questões reconhecidamente afetas à discricionariedade do gestor, e sem atentar para os reais impactos de suas decisões ao interesse público. Tanto é assim que, no caso concreto, como visto, o TCU viu-se obrigado a revogar parcialmente a cautelar (Acórdão 2.213/2018 – Plenário), para diminuir a abrangência de seus efeitos e possibilitar a ativação de pontos de conexão em localidades conflituosas que faziam fronteira com a Venezuela.

Ainda nesse sentido, no caso em análise, ao deferir o pedido cautelar (Acórdão 1.692/2018 – Plenário), o TCU questionou, por exemplo, a celeridade na contratação direta da Telebras realizada pelo MCTIC, sugerindo que tal aspecto configuraria fragilidade no processo de contratação conduzido pelo Ministério, a justificar a concessão da medida cautelar. Vejamos:

"51. Causa estranheza e preocupação a postura adotada pelo MCTIC ao adotar e solicitar uma celeridade excessiva em processo cujo acordo (Contrato MCTIC 02.0040.00/2017) corresponde ao valor de R\$ 663 milhões e se refere à conectividade de milhares de entes públicos e organizações sociais. Análises feitas sem o seu devido tempo de maturação e estudo podem resultar em falhas que impactam a efetividade do programa Gesac e que causam dano ao erário.

(...)

56. No mesmo dia da emissão do parecer, em 8/12/2017, horas depois foi publicado no Diário Oficial da União o Termo de Inexigibilidade de Licitação da Telebras. A excessiva celeridade permite concluir que houve mínima ou talvez nenhuma ponderação dos argumentos apresentados pela AGU.

(...)

61. Em suma, identificam-se fragilidades no trâmite processual conduzido pelo MCTIC, visto que:

(...)

ii) ausência de documentos que analisassem de forma criteriosa e com tempo hábil os pontos colocados pela AGU em seu parecer;

(...)

iv) excessiva celeridade injustificada da condução do processo de contratação do serviço do programa Gesac, podendo haver prejuízo à qualidade técnica da decisão tomada.” (destaques nossos)

Contudo, o TCU sequer indicou qual seria, no entendimento do órgão de controle, um prazo razoável para que decisões dessa natureza sejam tomadas pela Administração. Essa falta de clareza e de critérios objetivos nas decisões do TCU é causa potencial de insegurança jurídica, ensejando discussões sob as mais diversas óticas.

Ainda no âmbito da decisão cautelar, o TCU analisou o prazo de contratação entre o MCTIC e a Telebras e entendeu que o prazo de 5 anos acordado, por envolver serviços de tecnologia, seria consideravelmente extenso, e representaria dano ao erário, por impedir possíveis ganhos de eficiência e de modernização do setor. O TCU não avaliou, entretanto, o risco de a parte contratada não manifestar interesse na renovação do contrato e ocorrer eventual interrupção do serviço em período relativamente curto de disponibilização do serviço à população:

“(...) 180. Ressalta-se que, conforme apontado diversas vezes pelo MCTIC (peça 23, p. 4), há uma dinâmica evolução na prestação dos serviços de conexão de dados por satélite. Dessa forma, um contrato de prestação de serviço com prazo extenso poderia impedir que o Gesac usufrísse de possíveis ganhos de eficiência e modernização do setor”. (destaques nossos)

Em 31.10.2018, o TCU determinou, por meio do Acórdão 2.487/2018 – Plenário, o qual revogou de forma definitiva a cautelar anteriormente concedida, que o MCTIC

avaliasse a conveniência e a oportunidade de as partes negociarem a redução do prazo contratual<sup>33</sup>:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro nas razões expostas pelo Relator e nos arts. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, 45 da Lei 8.443/1992 e 235, 237, inciso VII e parágrafo único, 250, II e III, do Regimento Interno deste Tribunal, em:

(...)

9.4. determinar ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações que:

9.4.1. tendo em vista as dúvidas existentes sobre a economicidade do contrato firmado com a Telebras e a possibilidade de obtenção de condições mais favoráveis para a prestação dos serviços avançados com a estatal, avalie a conveniência e a oportunidade de negociar a redução do prazo contratual de forma a permitir que a redução de preços projetada, decorrente da evolução tecnológica e da entrada em operação de novos satélites, seja captada em um novo contrato;

<sup>33</sup> Sobre o tema, consta da Proposta de Encaminhamento (Acórdão 2.487/2018 – Plenário):

“PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

599. Ante ao exposto, propõe-se:

a) com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar ao MCTIC que:

a.1) excepcionalmente, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao programa Gesac, como a de inclusão digital do MCTIC e a denominada Educação Conectada do Ministério da Educação, e o fato de que os riscos contratuais identificados podem ser mitigados com a redução do prazo contratual da contratação e com a inclusão de cláusula que preveja reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da redução dos custos dos serviços contratados, propõe-se a retirada da cautelar dada pelo Acórdão 1692/2018-TCU-Plenário, permitindo a continuidade do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 somente após os ajustes determinados pelo TCU, em respeito ao princípio constitucional do interesse público e em consonância com a jurisprudência do TCU, encaminhando ao TCU em 45 dias o contrato alterado;  
(...)

a.3) diante dos riscos resultantes das fragilidades e irregularidades constatadas no processo de contratação direta por inexigibilidade da Telebras, somente dê continuidade à vigência do contrato MCTIC 02.0040.00/2017 se alterado o prazo de vigência do acordo para, no máximo, 36 meses, promovendo novo processo de contratação do serviço, nos termos da Lei 8.666/1993, caso haja a continuidade do programa Gesac para além desse prazo, tendo em vista que a situação atual está em desacordo com a jurisprudência do TCU e com o art. 57, inciso II, da Lei 8.666/1993; (...) (destaques nossos)”.

9.4.2. alternativamente, se o Ministério considerar adequado, a vigência do contrato poderá ser mantida em cinco anos, desde que, uma vez ocorrida a redução de preços mencionada no item 9.4.1. deste acórdão, o MCTIC avalie se há necessidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em decorrência do surgimento de opções mais baratas de prestação dos serviços contratados com a Telebras. Se houver essa necessidade, o Ministério deverá adotar, com espeque no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/1993, as medidas necessárias para alterar as cláusulas econômicas e promover o citado reequilíbrio, na forma que esse órgão entender cabível. Após a implementação dessa mudança, poderá ocorrer a continuidade da prestação de serviços pela estatal até o término da vigência do contrato em tela;" (destaques nossos)

Como se vê, além de determinar que o MCTIC avaliasse a redução do prazo contratual entabulado, indicou, alternativamente, a alteração as cláusulas econômicas para promoção do reequilíbrio contratual.

Há ainda um ponto que merece destaque, para que se compreenda o posicionamento do TCU quanto aos limites de sua atuação. No caso em apreço, muito embora o TCU tenha recomendado a continuidade do contrato celebrado entre o MCTIC e a Telebras, em diversas oportunidades registrou-se a possibilidade de o Tribunal determinar a anulação do contrato ou a alteração das cláusulas contratuais entabuladas entre as partes – o que contraria o entendimento já apresentado neste trabalho, no sentido de que a Corte de Contas não anula contratos e não substitui atos da Administração, mas aplica sanções aos responsáveis pelas despesas consideradas ilegais, nos termos do art. 71, VIII, da Constituição Federal.

Com efeito, consta do Acórdão 1.692/2018 – Plenário a seguinte passagem:

"9.3. determinar a oitiva do Ministério da Ciência, Tecnologia Inovações e Comunicações – com alerta sobre a possibilidade de decisão deste Tribunal vir a determinar a anulação do contrato ou a alteração de cláusulas contratuais – para que, no prazo de 15 (quinze) dias, manifeste-se, em relação ao Contrato MCTIC 02.0040.00/2017, sobre os seguintes indícios de irregularidade: (...)" (destaques nossos)

Além disso, consta do Acórdão 2.487/2018 – Plenário:

85. Com fulcro nessas considerações, a unidade técnica concluiu que:



(...)

b) diante das irregularidades constatadas, haveria elementos suficientes para se determinar a anulação do contrato MCTIC 02.0040.00/2017. No entanto, entende-se ser possível a continuidade do referido contrato, desde que sejam feitos os ajustes determinados pelo TCU, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao Programa Gesac. Além disso, os riscos contratuais identificados podem ser mitigados por meio da redução do prazo contratual da contratação e da inclusão de cláusula que preveja o reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da possível redução dos custos dos serviços contratados;

(...)

596. A conclusão descrita anteriormente levou ao entendimento que, diante das irregularidades constatadas, há elementos suficientes para se determinar a anulação do contrato MCTIC 02.0040.00/2017. No entanto, entende-se ser possível a continuidade do referido contrato, desde que feitos os ajustes determinados pelo TCU, tendo em vista a importância para o país da continuidade das políticas públicas atreladas ao programa Gesac, como a de inclusão digital do MCTIC e a denominada Educação Conectada do Ministério da Educação, e o fato de que os riscos contratuais identificados podem ser mitigados com a redução do prazo contratual da contratação e com a inclusão de cláusula que preveja reequilíbrio econômico-financeiro do acordo diante da redução dos custos dos serviços contratados. (destaques nossos)

### 3.2.2. Acórdão 2.488/2018 – Plenário e Acórdão 1.170/2019 - Plenário

Em 31.10.2018, o TCU também julgou Representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Hídrica, de Comunicações e Mineração – SeinfraCOM (Representação 022.981/2018-7)<sup>34</sup>, em face de possíveis irregularidades na contratação sem licitação realizada pela Telebras para a exploração da capacidade da banda Ka (banda não-militar) do primeiro Satélite Geoestacionário de Defesa Estratégica (“Satélite SGDC”), de propriedade da estatal. A contratação foi realizada em 23.02.2018 entre Telebras e Exede Serviços de Comunicações Rio Ltda. (denominação anterior da empresa Viasat Brasil

<sup>34</sup> Vale notar que o caso é particularmente interessante porque, pela primeira vez, o TCU interpretou com maior profundidade os requisitos de validade da nova hipótese de contratação direta aplicável a empresas estatais, qual seja, a prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, ficando conhecido como *leading case* sobre a matéria.

Serviços de Comunicações Ltda. — “Viasat”), resultando na celebração do Acordo de Compartilhamento de Receita de Capacidade Satelital (“Contrato de Parceria Estratégica”)<sup>35</sup>.

O fundamento normativo para a referida contratação foi o art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, que, como visto, autoriza a contratação direta nos casos em que a “escolha do parceiro está associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”. A Telebras e a Viasat conceberam um contrato de colaboração, por meio do qual obrigaram-se a associar recursos e esforços para a exploração da banda Ka do Satélite SGDC.

A contratação foi precedida de audiências públicas<sup>36</sup> e de dois editais de chamamento público. O primeiro deles<sup>37</sup> refletia um certo modelo de negócio, com características específicas. À época, houve manifestação do TCU sobre os termos do primeiro edital de chamamento público, que reconheceu que a Telebras estava dispensada de promover licitação para o objeto da contratação<sup>38</sup>. Posteriormente, foi publicado o

---

35 Vale esclarecer que por meio do Decreto Federal nº 7.175/10 instituiu-se o Programa Nacional de Banda Larga (“PNBL”), que definiu seus objetivos como sendo o fomento e difusão do uso e fornecimento de bens e serviços de tecnologias de informação e comunicação. Dentre as finalidades do PNBL estão a promoção da inclusão social e a redução das desigualdades social e regional do Brasil, expandindo o acesso a serviços de conexão à internet em banda larga. À Telebras foi atribuída a consecução dos objetivos do PNBL por meio de diversas ações, destacando-se especialmente o apoio às políticas públicas de conexão de pontos de interesse público, como escolas, hospitais e postos de atendimento, e a prestação de serviço de conexão a usuários finais em locais onde inexista oferta adequada. Por conta disso, a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) conferiu à Telebras o direito de exploração do Satélite SGDC, para promoção dos objetivos e finalidades do PNBL. O Satélite SGDC foi lançado ao espaço em 04.05.2017, e consiste em projeto nacional estratégico coordenado e operado pela Telebras, sob a supervisão do Ministério da Defesa e do MCTIC, sendo que o Satélite SGDC foi produzido e lançado em órbita com recursos públicos federais.

36 Em 23.02.2017, foi realizada a Audiência Pública nº 2/2017, por meio da qual a Telebras deu publicidade e transparência ao processo. Foram realizadas algumas audiências públicas no exterior, e, dada sua complexidade, o próprio processo de chamamento público foi adiado por três vezes (de acordo com a Telebras, em razão da tentativa de adaptar o projeto aos interesses e à disponibilidade do mercado).

37 A Telebras publicou o Edital de Chamamento Público nº 1/2017 para a concessão ao setor privado de parte da capacidade da banda Ka do Satélite SGDC.

38 Ao julgar denúncia contra os termos do Primeiro Edital, o Plenário do TCU entendeu que a Telebras poderia contratar parceiro diretamente, sem licitação, com base na Lei 13.303/2016. Vide os termos do Acórdão 2.033/2017 proferido pelo TCU: “Ao contrário do que foi alegado pelos denunciante, nem a Lei 8.666/1993 nem a Lei 12.462/2011 serviram de base para o chamamento público ora sob comento. O referido procedimento foi adotado com base na Lei 13.303/2016, a qual dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. 20. O art. 28, § 3º, da Lei 13.303/2016 dispensa as sociedades de economia mista da realização de licitação em várias situações, verbis (...) 21. Verifica-se que, em conformidade com o inciso I do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, acima transcrito, as empresas estatais estão dispensadas de licitar

segundo edital – Edital de Chamamento Público nº 2/2017 – cuja data de entrega das propostas foi definida para o dia 17.10.2017. Contudo, nenhuma empresa do setor manifestou interesse em apresentar proposta, resultando na celebração do Contrato de Parceria Estratégica com a Viasat.

De acordo com o material analisado para fins de elaboração deste trabalho, a Telebras justifica a contratação com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016 pelo fato de a estatal não possuir experiência com sofisticadas infraestruturas terrestres de satélites relacionadas à operação de um sistema como o Satélite SGDC. Nesse contexto, a estatal alega que foi necessário buscar um parceiro privado no mercado com expertise para colaborar com as tarefas para a operação do referido satélite.

Após tomar conhecimento do Contrato de Parceria Estratégica entre a Telebras e a Viasat, a unidade técnica responsável do TCU (SeinfraCOM) entendeu pela ocorrência de indícios de irregularidades na contratação direta e, como consequência, formulou a Representação 022.981/2018-7, para análise mais detalhada dos termos da parceria. A fiscalização exercida pelo TCU pretendia avaliar: (i) se o processo de celebração do referido acordo havia preenchido os requisitos exigidos pela Constituição Federal e respeitado os pressupostos contidos na Lei 13.303/2016 (ou seja, a legalidade da parceria estratégica celebrada); (ii) a adequação do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) realizado pela Telebras, o qual havia embasado a definição das cláusulas econômicas do contrato em tela (ou seja, suas premissas econômico-financeiras); e (iii) se as cláusulas mais importantes do acordo de parceria preservavam o equilíbrio entre os direitos e as obrigações das partes (ou seja, o conteúdo de suas cláusulas).

Para fins do presente estudo, cumpre destacar duas principais questões decididas pelo TCU (Acórdão 2.488/2018), conforme julgamento realizado pelo Plenário, em 31.10.2018.

Em primeiro lugar, o TCU, por meio de análise de custos e projeções financeiras, determinou à Telebras que renegociasse com a Viasat, no prazo de noventa dias, as condições econômico-financeiras do Contrato de Parceria Estratégica, de modo a reduzir o valor previsto contratualmente para ser pago mensalmente pela Telebras à Viasat, por estação ativa, de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais) para R\$ 107,60 (cento e sete reais e

---

a prestação de serviços relacionados com seus respectivos objetos sociais. Aduzo que o art. 4º do Decreto nº 7.175/2010, que instituiu o Programa Nacional de Banda Larga – PNBL, atribuiu competências à Telebrás no âmbito do referido programa, *verbis*: (...) 22. Assim sendo, ao prover infraestrutura e redes de suporte para o mercado, independentemente do porte da empresa adquirente, a Telebrás está exercitando a competência prevista no art. 4º, III, do Decreto nº 7.175/2010, acima transcrito. Por via de consequência, a mencionada entidade está prestando um serviço relacionado com seu objeto social, o que implica dizer que ela está dispensada de realizar licitação, consoante o disposto no inciso I do § 3º do art. 28 da Lei nº 13.303/2016, anteriormente citado”. (TCU, Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgado em 13.09.2017.

sessenta centavos). Isso porque o TCU concluiu que o modelo previsto para o compartilhamento de receitas e os valores a serem pagos mensalmente à Telebras permitiriam uma rentabilidade muito maior para a empresa privada, de modo que as condições econômicas do contrato deveriam ser “renegociadas”.

Em segundo lugar, o TCU determinou que a Telebras negociasse os termos da possível renovação do contrato sob exame. Isso porque, Telebras e Viasat estabeleceram no Contrato de Parceria Estratégica o prazo de dez anos para a parceria associada à exploração do SGDC, prorrogáveis por mais cinco anos. Contudo, o acordo concedeu à Viasat o poder exclusivo de decisão sobre a renovação, definindo que seriam mantidos os mesmos termos e condições pactuados. Muito embora o relator Ministro Benjamin Zymler tenha reconhecido que a fixação do prazo contratual em dez anos no presente caso, prorrogáveis por mais cinco, encontrava respaldo nos incisos I e II do art. 71 da Lei das Estatais, determinou que fosse estabelecida como condição resolutive para a prorrogação contratual a demonstração da respectiva vantajosidade para a Telebras, a qual deveria ser objeto de monitoramento por parte da unidade técnica. No entendimento do relator, a prorrogação vinculada unicamente à vontade da Viasat imputaria riscos à Telebras.

Como se verifica das determinações constantes do Acórdão 2.488/2018, o TCU avaliou, de forma ampla e detalhada, aspectos essenciais da contratação realizada pela Telebras, quais sejam, suas premissas econômico-financeiras – inclusive, a taxa interna de retorno do parceiro privado –, e o conteúdo das cláusulas contratuais, especialmente o prazo da parceria. Ao atuar nesses moldes, determinando alterações em cláusulas contratuais, o TCU interferiu em aspectos da contratação umbilicalmente ligados ao exercício da discricionariedade administrativa, atuando como uma instância revisora do acordo celebrado pela Telebras.

Considerando a premissa adotada neste artigo de que o Tribunal de Contas não anula contratos e não substitui atos da Administração Pública – mas aplica sanções aos responsáveis pelas despesas consideradas ilegais, inclusive multa, nos termos do art. 71, VIII, da Constituição Federal –, fica evidente que o TCU, também no caso de parcerias estratégicas celebradas com fundamento da Lei das Estatais, extrapolou os limites estabelecidos na Constituição Federal para a sua atuação.

## **CONCLUSÃO**

Como visto no presente trabalho, as intervenções praticadas pelo Tribunal de Contas em contratos celebrados pela Administração Pública direta e indireta (incluídas as empresas públicas e sociedades de economia mista) têm sido cada vez mais frequentes e profundas – determinando-se desde a retenção de pagamentos até a alteração de cláusulas contratuais determinantes para a contratação, inclusive a revisão de aspectos

econômico-financeiros – e, por isso, suscitam debate. Muito embora não se negue a importância da atuação da Corte de Contas no controle dos gastos públicos, não se pode ignorar os riscos e os impactos da atividade fiscalizatória especialmente à liberdade negocial das empresas estatais nas contratações que realiza. Nesse contexto está inserida a interferência do Tribunal de Contas em parcerias em oportunidades de negócio celebradas por empresas estatais, com fundamento no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, que, como visto neste trabalho a partir de uma análise casuística, tem extrapolado os limites de sua atuação estabelecidos no texto constitucional, evidenciando um cenário em que a discricionariedade do controlador substitui a discricionariedade do gestor público. Como consequência, ante os riscos envolvidos em tais contratações, é possível que parcerias estratégicas acabem sendo cada vez menos utilizadas como alternativa para a concretização de políticas públicas no país. Cabe-nos continuar acompanhando novas fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas de parcerias celebradas por empresas estatais com fundamento no art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016, a fim de identificar como o cenário se estabelecerá.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em

BRASIL. Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm)>. Acesso em 16 nov. 2021

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em 16 nov. 2021.

BRASIL. Lei 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de sus subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm)>. Acesso em 16 nov. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos, *Interesse Público*, ano 8, n. 36, mar./abr. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.



\_\_\_\_\_. O papel dos tribunais de contas no controle dos contratos administrativos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 82, p. 1548, nov./dez. 2013.

FECURI, Ana Cristina. "Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal". In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

\_\_\_\_\_. "A contratação sem licitação nas empresas estatais". In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. Lei 13.303/2016 – "Lei das Estatais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 4, t. II, p. 75.

PACHECO E SILVA, Maria Hermínia Penteado. "O controle das empresas estatais". In: DAL POZZO, Augusto; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coord.). *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. 2016. 358 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>>. Acesso em 15 nov. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago.2011.



## A PRESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA DE CARTEL À LUZ DA SEMIÓTICA E TIPICIDADE

**RODRIGO FRANÇA VIANNA:**  
Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica de São Paulo  
(PUC-SP)

**RESUMO:** O presente estudo aborda a prescrição das infrações à ordem econômica configuradas pelas práticas cartelizantes frente à Lei 9.873/1999 e à jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Verifica-se sua adequação lógica e consequentes modulações. Para tanto, utiliza-se recursos da metodologia constructivista lógico-semântica como a semiótica, e o ramo específico da Teoria Geral dos Signos, e a Teoria das Classes. A partir do prévio estabelecimento do regime jurídico sob o qual se deve analisar a questão, estabelecer-se-á uma relação entre a semiótica e a tipicidade para promover o cotejo entre a estrutura elementar das infrações e dos crimes, de modo a estabelecer os casos de sobreposição normativa.

**Palavras-chave:** Direito da Concorrência. Direito Administrativo Sancionador. Cartel. Teoria *per se*. Prescrição.

**ABSTRACT:** This study shall address the statute of limitations applicable to violations to the economic order configured by cartel practices vis-à-vis the provisions of Law 9,873/1999, in face of the Administrative Council for Economic Defense – CADE's jurisprudence. It reviews its logical adequacy and consequent modulations. For that purpose, it uses tools of logical-semantic constructivist methodology such as semiotics, notably the Theory of Signs, and the Theory of Classes. As a result of the previous establishment of the legal regime under which the problem shall be analyzed, a connection between semiotics and "vagueness doctrine" (under the specific perspective of Brazilian criminal law) will be established to promote the comparison between the elementary structure of violations and crimes, in order to establish the cases of normative overlap.

**Keywords:** Competition Law. Administrative Sanctioning Law. Cartels. Statute of limitations.

### I. Introdução

A expressão *cartel* é bem compreendida, de modo geral, como um *conluio indevido*, podendo a partir disto navegar entre diversas especificidades ou ambientes.

Mesmo em vocabulário técnico, destaque-se o ambiente das ciências econômicas e das ciências jurídicas, há um amplo conjunto de significações que podem ser adotadas, referindo-se a uma série de condutas possíveis, cada qual com suas relevantes peculiaridades e distinções. É notável sua *pluriformidade* e, por conseguinte, certa perplexidade em sua compreensão.

Sob a égide das ciências econômicas, há muito se empenha esforços para teórica e tecnicamente descrever sua estrutura e propriedades, de modo a produzir para o termo cartel uma significação rigorosa e aprimorada, considerando características intrínsecas e extrínsecas de sua configuração. A partir da epistemologia econômica, o cartel foi qualificado como, senão a mais grave das infrações à ordem econômica, uma delas.

Como consequência, foram costuradas diversas normas jurídicas voltadas a tal comportamento, especialmente normas de cunho proibitivo, adotando como meio de coibir tais comportamentos a atividade repressiva. No Brasil, acompanhado por diversos outros países, a conduta, por sua gravidade, é objeto de ambos os subsistemas da atividade repressiva do Poder Público, a tutela administrativa e criminal, com mais de uma norma tipificante neste último, a depender do seu contexto em concreto.

Em que pese a persecução em ambas as esferas nos pareça legítima, não se pode negar que haja sobreposição e/ou conflito de significações quanto à conduta, causando complexos desdobramentos sobre o ordenamento jurídico. Como se verá, há classificações extremamente úteis à ciência jurídica da conduta de cartel, sendo impositivo, contudo, que as acompanhem precisas significações, buscando evitar confusões conceituais que, em maior ou medida, levarão a repudiáveis distorções lógicas na aplicação do Direito.

Neste ambiente, toma peculiar posição a determinação do prazo prescricional de tais condutas no âmbito administrativo. Conforme adiante, a Lei 9.873/1999, em seu art. 1º, §2º (reproduzido no art. 46, §4º Lei 12.529/2011), que normatiza a prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, limita em cinco anos o prazo regular para prescrição, abrindo exceção aos fatos objeto da ação punitiva que também constituírem crime, casos em que a prescrição rege-se pelo prazo previsto na correspondente lei penal, cabendo ler a expressão “constituir crime” em concreto ou em abstrato.

Principalmente na leitura em abstrato, atualmente adotada pelo CADE, o entendimento acerca do que pode ou não “constituir crime” fora contaminado pela indistinção quanto aos plurais significados da expressão “cartel”, às diversas condutas possivelmente abarcadas por tal rótulo e às condutas típicas encontradas na Lei 8.137/1990 (art. 4º) e no Código Penal (art. 337, com o advento da Lei 14.133/2021), mergulhando a questão em severa insegurança jurídica.

Neste trabalho, buscar-se-á oferecer balizas ao esclarecimento das celeumas que orbitam a matéria, submetendo tal problemática a uma rigorosa análise de compatibilidade lógica. Para tanto, toma lugar o Constructivismo Lógico-semântico talhado por Lourival Vilanova, que oferece um robusto arcabouço ferramental a viabilizar tal objetivo.

Em destaque, serão ferramentas úteis a desenredar os conceitos atinentes à matéria a Semiótica, em especial a Teoria Geral dos Signos – auxiliando-nos a estabelecer os limites dos campos de significações relacionados “aos cartéis” –, e a Teoria das Classes – de modo a traçar distinções e similitudes entre tais significações para, então, estabelecer a adequação de sua operação.

Afinal, buscar-se-á responder, identificando em que medida se diferenciam as duas propostas correntes de interpretação normativa concreta *versus* em abstrato: (i) qual seria o prazo prescricional adequado à interpretação em concreto da norma; e (ii) quais seriam os prazos prescricionais adequados à interpretação em abstrato da norma.

## II. A semiótica e o “cartel”

Entre os possíveis entendimentos da semiótica, cumpre destacar sua concepção sob o prisma *peirciano*, conforme desenvolvido por Santaella<sup>39</sup>, na qual a semiótica seria, sobretudo, “uma teoria do pensamento como signo e uma teoria do conhecimento que só pode se dar em signos”, atraindo protagonismo ao processo de significação, metodologia e adequação para o conhecimento científico.

Neste estudo, toma especial importância o ramo da Teoria Geral dos Signos, entendendo-os como um devir, um meio sem começo nem fim, qualquer coisa que represente uma outra que será o objeto do signo, de modo a produzir efeito

---

<sup>39</sup> **SANTAELLA, Lucia.** *A relevância da semiótica para a construção do conhecimento.* in **CARVALHO, Paulo de Barros.** (Coord.) et. **BRITTO, Lucas Galvão** (Org.). *Lógica e Direito.* São Paulo: Noeses, 2016. p. 78.

interpretativo<sup>40</sup>. Neste contexto, esse efeito interpretativo depende do modo como o signo representará seu objeto, emergindo potenciais problemas da não rara situação em que um mesmo signo represente objetos distintos – que, conforme antecipado, é o caso do “cartel”.

Toda epistemologia depende de um rigoroso processo de significação para que haja fluidez e precisão na linguagem científica, algo especialmente relevante no ambiente das ciências jurídicas, que têm as normas, construídas por linguagem, como seu objeto de estudo.

Este capítulo representa, neste esteio, o esforço de estabelecer conceitos melhor delimitados acerca das possíveis significações de cartel, distanciando tal termo de um conjunto vago de diversas condutas possíveis, para que, então, se possa compreender suas modulações frente ao direito posto.

Sob a ótica econômica, que cumpre o fim de integração semântica da perspectiva jurídica, e somente este, a base da conduta se perfaz no concerto entre agentes econômicos para, atuando em conjunto, abusar de seu poder econômico combinado, arbitrando preços acima dos padrões competitivos, reduzindo quantidades ou diminuindo a qualidade, quantidade ou variedade de produtos ou serviços, visando amplificar seus lucros de forma artificial<sup>41</sup>. Isto é, na hipótese de um produtor não deter sozinho poder

---

<sup>40</sup> *Idem*, p. 84.

<sup>41</sup> “Quando se estuda o estabelecimento comercial e o papel do empresário, novamente, duas visões emergem da análise: a econômica e a jurídica. A visão econômica ressalta o papel do administrador na organização dos fatores de produção – capital, trabalho, terra e tecnologia -, combinando-os de modo a minimizar seus custos ou maximizar seu lucro. A jurídica, extraída do Direito Comercial, apresenta várias concepções, que enfatizam que o estabelecimento comercial é um sujeito de direito distinto do comerciante, com seu patrimônio elevado à categoria de pessoa jurídica, com a capacidade de adquirir e exercer direitos e obrigações. Consumidores e produtores/fornecedores encontram-se nos mais variados mercados. Adam Smith, analisando os mercados, descobriu uma propriedade notável: o princípio da mão invisível, pelo qual cada indivíduo, ao atuar na busca apenas de seu bem-estar particular, realiza o que é mais conveniente para o conjunto da sociedade. Assim, em mercados competitivos, não concentrados em poucas empresas dominantes, o sistema de preços permite que se extraia a máxima quantidade de bens e serviços úteis do conjunto de recursos disponíveis na sociedade, conduzindo a economia a uma eficiente alocação dos recursos. (...) Segundo essa visão do sistema econômico, o Estado deveria intervir o menos possível no funcionamento dos mercados, porque estes livremente resolveriam da maneira mais eficiente possível os problemas econômicos básicos da sociedade: o quê, como e para quem produzir. Contudo, quando o Estado deveria intervir na economia? A justificativa econômica para a intervenção governamental nos mercados se

de mercado suficiente para dele abusar, busca combinar sua participação com a de outros produtores, equiparando-se o conclave a um agente monopolista.

Em outras palavras, poder econômico pode ser sintetizado como a capacidade de um ou mais agentes alterarem artificialmente as condições de mercado, isto é, arbitrariamente agirem em desacordo com as leis racionais de mercado para majorarem seus lucros, sendo o cartel um meio de viabilizar seu abuso.

A conduta representa, em termos de *efeitos*, graves impactos sobre o bem-estar<sup>42</sup>, representados por três tipos de ineficiências econômicas: a ineficiência alocativa, produtiva e dinâmica. A primeira, relacionada à alocação ineficiente dos recursos sociais pelo aumento de preços e restrição de oferta (fazendo com que a parte do que seria excedente não seja apropriada nem pelo consumidor nem pelo produtor, representando destruição de riqueza social, ou “peso morto”). A segunda, relacionada ao encarecimento dos custos dos agentes econômicos e, a terceira, ao desincentivo à inovação.

É de se notar, das ineficiências econômicas trazidas à baila, que tais efeitos são, apesar de graves, deveras abstratos, sendo dificultoso o processo de estimação da intensidade e extensão, algo que impactou a forma com que lidamos com a repressão de tais condutas. Sem prejuízo de tal fato, parece consenso em matéria econômica que dificilmente um cartel será produtor de efeitos líquidos positivos, isto quando tiverem possibilidade de causar efeitos.

Isto é, em termos abstratos, segundo parte da epistemologia econômica, um acordo entre produtores que conjuntamente não detivessem poder econômico seria inócuo, haja vista que sua atuação uniforme não teria o condão de enfrentar as leis de mercado e, por conseguinte, manipular suas condições. É a anedota que Martinez<sup>43</sup> chama

---

apoia no fato de que no mundo real observam-se desvios em relação ao modelo ideal preconizado por Smith, isto é, existem as chamadas imperfeições de mercado: externalidades, informação imperfeita e poder de monopólio. (...) Já o exercício do poder de monopólio caracteriza-se quando um produtor (ou grupo de produtores) aumenta unilateralmente os preços (ou reduz a quantidade), ou diminui a qualidade ou a variedade de produtos ou serviços, com a finalidade de aumentar os lucros<sup>41</sup>”. (Vide VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; Marco Antonio S. Vasconcellos, Manuel E. Garcia. **Fundamentos de Economia**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

42 MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013, P. 36.

43 *Idem*, p. 59

de “o dilema dos padeiros”, na qual dois padeiros acordam em fixar o preço do pão francês em R\$ 5,00 em um bairro com centenas de padarias, em que o preço desse mesmo pão varia entre R\$ 0,15 e R\$ 0,20. Formalmente, o ajuste entre concorrentes com objetivos espúrios ocorreu, mas em momento algum tal prática ofereceu qualquer perigo à livre concorrência, haja vista que “o único efeito esperado desse acordo é a perda de clientela por parte dos dois padeiros”.

Com efeito, as propriedades até aqui coligidas acerca dos contornos econômicos do cartel trazem uma série de celeumas quando de sua intelecção pelo campo jurídico. Em termos de semiótica, consoante supra, não há consenso, seja na esfera administrativa, seja na esfera penal, acerca da(s) silhueta(s) conceitual(is) da(s) conduta(s) típica(s) de cartel.

Neste estudo, reconhece-se como mais adequada a referência plural a *cartéis*, consubstanciando condutas distintas e com elementos distintos. Conforme brilhantemente minudenciado por Martinez, pode-se estabelecer uma série de recortes metodológicos e segmentar os cartéis em *tipos*<sup>44</sup>, segundo diferentes critérios. Trar-se-á ao presente contexto tais *tipos* e critérios de recorte para, adiante e segundo a Teoria das Classes, estabelecer as possíveis relações de distinção e similitude – que é o que oferecerá balizas lógicas para verificar adequação de certos desdobramentos jurídicos.

Alerta-se neste íterim, contudo, que não se utilizará a expressão *tipo*, por sua potencial confusão com a expressão igualmente utilizada em referência ao princípio da tipicidade – algo que tomará relevante espaço neste trabalho, principalmente como referência central para definição semântica da conduta passível de repressão. Destarte, chamar-se-á a divisão abstrata das condutas chamadas de cartéis em *classes*, sem alteração da semântica adotada na obra original, utilizando os *tipos de cartéis* para referências aos diferentes delitos de cartéis positivados e suas propriedades.

#### **a. As classes de cartéis**

No capítulo anterior, viu-se o que a teoria econômica estabelece de comum a todas as classes de cartéis adiante esmiuçadas. Passando-se às propriedades distintas, a primeira diferenciação diz respeito à variável comercialmente sensível objeto da conduta,

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 41



distinguindo os cartéis entre os gêneros *cartéis de preço/quantidades*<sup>45</sup> e *cartéis de alocação de mercado*, estes últimos englobando as divisões geográfica e de clientes como espécies. Conforme alerta a autora, cartéis em licitações também podem ser considerados espécie do gênero *cartéis de alocação de mercado*, porém com propriedades específicas que os diferenciam das outras duas.

Por sua importância adiante, cumpre desde já registrar tais peculiaridades. Os cartéis em licitações são aqueles que implicam fraude ao caráter competitivo do certame, geralmente refletindo objetivo de sobrepreço nos contratos com a Administração Pública<sup>46</sup>. Especialmente nestes casos, há uma multiplicidade de situações concretas que podem alterar substancialmente os elementos da conduta, de modo que esta classe de cartéis pode ensejar subsunção a mais de uma norma no ordenamento jurídico – propriedade relevante que será em seu tempo abordada.

Outra usual distinção, e a mais relevante para o presente estudo, se refere à diferenciação entre *cartéis clássicos* e *cartéis difusos*, classificação esta que também causa confusão, na medida em que são utilizados dois critérios distintos para separá-los, com especial destaque ao critério adotado no Brasil, na esfera administrativa.

A primeira distinção entre cartéis clássicos e difusos é a defendida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE e pela *International Competition Network* – ICN, na qual o critério distintivo é a existência de um acordo expresso acerca de variáveis comercialmente sensíveis (cartéis clássicos) ou a mera troca de informações comercialmente sensíveis (cartéis difusos).

A segunda distinção, adotada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, arvora seu critério na *institucionalidade* do acordo<sup>47</sup>. Os cartéis

---

<sup>45</sup> Aqui entendidos como de uma mesma classe, não de duas espécies de um mesmo gênero. Segundo as ciências econômicas, os dois terão os mesmos efeitos no mercado, uma vez que a quantidade determina o preço e vice-versa, devendo ser entendidos como um conceito único, *cartéis de preço/quantidades*. (*Ibidem*, p. 42).

<sup>46</sup> A peculiaridade sob a ótica econômica dos cartéis em licitação, sem prejuízo de sua gravidade decorrente do envolvimento direto do erário, é que estes podem não implicar a destruição de riqueza acima referida (*peso morto*), visto que em diversos certames a quantidade a ser adquirida pela Administração Pública é fixada independentemente do preço, sendo que todo o excedente será apropriado pelo agente econômico fraudador.

<sup>47</sup> Vide Voto do Conselheiro Relator, Luiz Carlos Delorme Prado, no Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14, p. 5 (Cartel das Britas) *in* Voto na Averiguação Preliminar n.º 08012.001198/2007-04,

clássicos, segundo a jurisprudência do Conselho, seriam aqueles em que há mecanismos de coordenação institucionalizados, consubstanciados em reuniões periódicas, manuais de operação, princípios de comportamento, mecanismos de fiscalização e de retaliação em caso de descumprimento, entre outros.

Neste sentido, para o CADE, enquanto os cartéis clássicos não decorrem de uma situação eventual de coordenação, os cartéis difusos, apesar de manterem os objetivos espúrios dos cartéis clássicos, possuem um caráter eventual e não institucionalizado, sem a estruturação de mecanismos que visem a tornar o ajuste permanente ou *perene*. Na jurisprudência do Conselho se nota, entretanto, alguma vagueza quanto aos limites de tal definição, havendo diferentes referências ao que determinaria um cartel difuso, ou *soft cartel*<sup>48-49</sup>.

Outras formas de classificação dos cartéis, estas de compreensão mais acessível, são quanto à sua explicitude (cartéis explícitos ou tácitos); quanto à territorialidade (cartéis

---

de 28 de abril de 2010. Representante: Senador Flávio Arns. Representada: Postos de combustível de Curitiba. *In* DOU de 10 de maio de 2010, Seção 1, pág. 32, item 2.2.1.

48 “95. Além dos cartéis *hard core*, há também os que poderiam ser chamados de cartéis *soft* (sendo o nome dado apenas para fazer o contraponto do *hard*). Estes, apesar de na prática serem chamados de cartel e, de fato, poderem resultar em graves danos para a sociedade, podem não ter uma definição precisa, como tem o cartel *hard core*. A Resolução no 20 não foi pensada para estes casos e, na minha humilde interpretação, nem o inciso I do artigo 21 da Lei no 8.884/94 ou o inciso I, parágrafo 3º, do artigo 36 da Lei no 12.529/11, que, por isso, não deveriam ser usados para descrever um cartel *soft*. 96. Diferentemente do cartel *hard core*, esses cartéis *soft* podem ter diversas outras estratégias, muitas vezes não previstas na literatura econômica e que podem apresentar algum tipo de eficiência no ato ilícito, como, por exemplo, apresentar poder compensatório, um tipo de eficiência”. (Voto da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51, sendo Representante a SEAE/MF e Representados Liquigás Distribuidora S/A, Supergasbras e Paragás Distribuidora Ltda.)

49 “O **soft cartel** (nome para contrapor ao *hard core*), desta forma, seria o conjunto de condutas concentradas disjuncto (isto é, sem interseção) ao conjunto das condutas do *hard core* (aquele que tem definição precisa dada pela OCDE). Esta nova definição não tem como objetivo ir contra a literatura antitruste internacional, mas aclarar que há casos de ações concertadas que não têm os objetivos traçados pela OCDE em 1998, não se encaixando, assim, na definição de *hard core*”. Vide Voto-Vogal no Processo Administrativo 08700.001859/2010-31, julgado em 4 de julho de 2018. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNJFCMGqkxs3ow-T5qCPnNsBAe4skVKz2DcFe3E1X0od3hvLmFUK7e1OTO-INDka\\_7NL20ov1fMkSbfQUvlpP8u](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNJFCMGqkxs3ow-T5qCPnNsBAe4skVKz2DcFe3E1X0od3hvLmFUK7e1OTO-INDka_7NL20ov1fMkSbfQUvlpP8u)

nacionais ou internacionais); quanto à relação dos agentes econômicos no mercado interno (cartéis de compra ou de venda); e quanto à relação dos agentes econômicos frente ao mercado externo (cartéis de importação ou de exportação).

Como se nota, essas distinções possuem finalidade *descritiva* arvorada na materialidade empírica da conduta, isto é, utiliza-se as propriedades de cada uma das condutas adotadas para, segundo seus contornos concretos, classificá-las. Adicione-se a tal proposta uma distinção de cunho *prescritivo*, utilizando por critério a subsunção a normas jurídicas administrativas ou criminais. Em outras palavras, distinguindo o cartel enquanto *infração* daquele tido como *crime*, porquanto no Brasil, conforme se passa a demonstrar, não necessariamente abarcarão condutas com elementos equivalentes.

### III. A repressão aos cartéis no ordenamento jurídico brasileiro

Para o exercício que se propõe, é necessário que se estabeleça brevemente as consequências da natureza da atividade repressiva do Poder Público em termos de regime jurídico, o que, por sua vez, exige a compreensão do bem jurídico adotado pela ordem econômica constitucional.

Conforme explica a doutrina<sup>50</sup>, a livre iniciativa é conceito fundamental da Ordem Econômica Constitucional brasileira, figurando como bem jurídico último de tutela do Estado, consoante ao art. 170 da Constituição da República. Conforme Franceschini<sup>51</sup>, o ordenamento brasileiro adotou, mediante interpretação coerente à *episteme* econômica, a livre concorrência como veículo de tutela da livre-iniciativa, aqui entendida como liberdade de agir em ambos os sentidos econômico e político. A livre concorrência seria, neste contexto, bem jurídico *meio* de tutela do bem jurídico *fim* livre-iniciativa.

Ana Frazão<sup>52</sup> amplia tal escopo, estendendo à livre concorrência a função de equalizar falhas de mercado e suas consequências não apenas econômicas, mas alinhadas às preocupações políticas e sociais ligadas ao liberalismo enquanto filosofia política. Disto resulta que a livre concorrência não representa apenas veículo à proteção da livre-iniciativa

---

50 CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 3952 *apud* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018 p. 46.

51 Vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p. 46.

52 Vide FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017 p. 31.

enquanto fundamento da ordem econômica, mas sim *verdadeira simbiose* com o Estado de Direito Democrático<sup>53</sup>, não encontrando no art. 170 da CF princípios contrastantes, promovendo sua leitura enquanto unidade<sup>54</sup>. Sem desprezo à existência de relevantes divergências<sup>55</sup>, adota-se o entendimento de Frazão, que nos parece bem alinhado e sólido em ambos os planos jurídico e econômico<sup>56</sup>.

Nesta leitura, a Constituição protege a liberdade ou autonomia decisória<sup>57</sup>, em matéria econômica, frente a uma dupla vulnerabilidade<sup>58</sup>, que aqui não se enxerga como

---

53 FRAZÃO, Ana. *Ob. cit.*, p. 31.

54 "Uma leitura apressada da Constituição poderia sugerir que esta procura conciliar princípios conflitantes, como a livre-iniciativa e a propriedade privada, de um lado, e a função social da propriedade e a justiça social, de outro. No entanto, o Estado Democrático de Direito traz em si uma unidade de sentido que permeia toda a Constituição e orienta a compreensão dos demais princípios: a dignidade da pessoa humana, o que se reforça pelos princípios fundamentais constantes dos arts. 1º e 3º". (FRAZÃO, Ana. *Ob. cit.* p. 47)

55 "Há marcante contradição entre o neoliberalismo – que exclui, marginaliza – e a democracia, que supõe o acesso de um número cada vez maior de cidadãos aos bens sociais. Por isso dizemos que a racionalidade econômica do neoliberalismo já elegeu seu principal inimigo: o Estado Democrático de Direito". (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 55).

56 "Na intersecção das curvas de oferta e demanda (...), teremos o preço e a quantidade de equilíbrio, isto é, o preço e quantidade que atendem às aspirações dos consumidores e dos produtores simultaneamente. Se a quantidade ofertada se encontrar abaixo daquela de equilíbrio (...), teremos uma situação de escassez do produto. Haverá uma competição entre consumidores, pois as quantidades procuradas serão maiores que as ofertadas. Formar-se-ão filas, o que forçará a elevação dos preços, até atingir-se o equilíbrio (...), quando as filas cessarão. Analogamente, se a quantidade ofertada se encontrar acima do ponto de equilíbrio (...), haverá um excesso ou excedente de produção, um acúmulo de estoques não programado do produto, o que provocará uma competição entre os produtores, conduzindo a uma redução dos preços, até que se atinja o ponto de equilíbrio (...). Como se observa, quando há competição tanto de consumidores quanto de ofertantes, há uma tendência natural no mercado para se chegar a uma situação de equilíbrio estacionário – sem filas e sem estoques não desejados pelas empresas. Desse modo, se não há obstáculos para a livre movimentação dos preços, ou seja, se o sistema é de concorrência pura ou perfeita, será observada essa tendência natural de o preço e a quantidade atingirem determinado nível desejado tanto pelos consumidores como pelos ofertantes. Para que isso ocorra, é necessário que não haja interferência nem do governo nem de forças oligopólicas, que tem poder de afetar o preço de mercado". (Conforme VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de e GARCIA, Manuel Enriquez. *Ob cit.* p. 54).

57 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p.813.

58 GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.* p.36.

contradição<sup>59</sup>: uma que reflete o disposto no art. 173, §4º<sup>60</sup>, da Constituição Federal sob o prisma do abuso de poder econômico (tutela da livre concorrência frente ao poderio concentrado de entes privados, decorrente das ditas falhas de mercado) e outra, no *caput* do art. 170 da Carta<sup>61</sup>, ou sob o prisma do arbítrio, consoante os direitos fundamentais estampados no art. 5º da Constituição, que reflete o próprio Estado de Direito Democrático, sob o prisma do intervencionismo (tutela da livre concorrência frente à ingerência indevida do Poder Público).

A leitura proposta do ordenamento econômico constitucional brasileiro implica a natureza repressiva de sua exegese, contrastando a leitura gerencial, trazendo consigo um necessário arcabouço principiológico para que sua execução encontre conformidade com o Estado de Direito Democrático.

Pela maturidade das ciências jurídicas criminais, não se verificam intensos debates acerca da mera atração dos princípios, direitos e garantias fundamentais dos acusados, que sofrerão o peso da persecução estatal sob mais lapidada segurança jurídica. O mesmo não ocorre no âmbito administrativo, em que seguem ocorrendo intensas disputas acerca da incidência de princípios sobre o regime jurídico administrativo

---

<sup>59</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.* p.34.

<sup>60</sup> Ressalte-se, na passagem, que encontra eco na Constituição Federal em seu art. 173, §4º, a noção de que a repressão aos cartéis se dá no intuito de reprimir *o abuso de poder econômico*.

<sup>61</sup> Registre-se de antemão que a premissa não encontra qualquer contraste com a regulação setorial, de uma atividade ou de serviços públicos, desde que condicionados à existência de lei: "Esta garantia constitui uma reafirmação da liberdade individual em matéria de empreendimento econômico. Não confere ao legislador o poder de decidir quais atividades estariam abrangidas por esta liberdade, nem deixa ao seu arbítrio a determinação da amplitude em que estas atividades podem ser exercidas pelos particulares. Este parágrafo reforça as determinações do art. 170, *caput* e IV, da CF/1998 (LGL\1988\3), pois determina que quaisquer atividades poderão ser exercidas sem a necessidade de autorização para tanto. Ao mesmo tempo, estabelece a única restrição possível, que é a possibilidade e alguma lei vir a exigir a autorização de órgão público para o exercício de atividade econômica específica" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Intervenção do estado na economia. Revista de direito constitucional e internacional*. V. 15/1996, p. 73-88, abr./jun., 1996. pp. 75-76).

sancionador. Destaca-se neste contexto Ferreira<sup>62</sup>, Osório<sup>63</sup>, Palma<sup>64</sup> e Voronoff<sup>65</sup>, acolhendo em maior ou menor medida Nieto<sup>66</sup>.

Por tal razão, o Direito da Concorrência, cujo pilar é a Lei nº 12.529/2011, é entendido por parte da doutrina como integrante do direito penal-econômico, interpretação sustentada em sua história e características endógenas<sup>67</sup> e com objetivo de afastar flexibilizações na proteção de direitos e garantias fundamentais, tal como da seara criminal<sup>68</sup>.

Em que pese comumente associados ao Direito Penal, os direitos e garantias fundamentais que orbitam o regime são de extração constitucional, de modo que os princípios norteadores de tal atividade são, por imposição do Estado de Direito

---

62 "Em síntese, o Direito Administrativo Sancionador corresponde ao conjunto sistematizado de princípios – expressos ou implícitos – e de regras informadores da estipulação regulamentar (quando necessária) e averiguação concreta das infrações, da imposição e, ainda, da aplicação das sanções, no exercício da função administrativa. O que não se pode olvidar é que há um marco característico garantidor de sua identidade substancial e que de tão bem apreendido por NIETO (2000, p. 185) merece literal transcrição e adesão: El Derecho Administrativo Sancionador es substancialmente un derecho de riesgos. Éste es el tronco de la institución, que se instrumentaliza en un mecanismo muy sencillo: la norma contiene una orden (mandato o prohibición) acompañada de la amenaza de una sanción. Uma vez aceita essa premissa, fica evidente o distanciamento entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador. Não no sentido de que este deixe de (também) impor limites ao legislador e ao administrador público, mas que as sanções administrativas tendem a garantir a preservação do Direito – em si e por si – e não necessariamente proteger bens jurídico-administrativos relevantes, com a ameaça de sua imposição". (FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal*. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.12, n.12. p. 176).

63 OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.113.

64 PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 267

65 VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 96.

66 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 167-168.

67 Arvorado em Stampa Braun, Pontes de Miranda, Oscar Barreto Filho, Orosimbo Nonato, Celso Neves e José Cretella Junior, vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p. 47.

68 Vide FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p.44.



Democrático, atraídos por sua natureza repressiva<sup>69</sup>, não pelo diploma legal no qual o delito esteja positivado. Não por outra razão, mesmo a doutrina que acolhe distinção substancial entre o direito criminal e o direito administrativo sancionador não enxerga distinção ontológica entre os delitos e sanções contempladas por cada regime, que, em essência<sup>70</sup>, são idênticos, reconduzindo-os a um núcleo central punitivo que tem por preocupação coibir a arbitrariedade<sup>71-72</sup>.

Portanto, entende-se que reconhecer a unidade do *ius puniendi* enquanto *origem* da atividade estatal não implica reconhecer identidade plena entre as esferas, mas sim a existência de propriedades comuns que permitem uma observação aproximada de determinados fenômenos e o uso, observada a necessária adequação, de determinadas ferramentas teóricas. Mesmo Costa<sup>73</sup>, que rejeita a teoria da unidade do jus punitivo, reconhece serem os resultados adotados semelhantes aos dessa teoria, porém com supedâneo mais sólido na distinção, a cada campo, com identidades próprias.

Seja sob o fundamento da unidade do *ius puniendi*, seja sob fundamento constitucional autônomo, vem se formando um relativo consenso em torno da premissa central de que a natureza repressiva da atividade estatal, ao invadir a esfera

---

69 FRAZÃO, Ana. *Ob. cit.* p. 259.

70 “a sanção administrativa tem, em essência, a mesma natureza da sanção de caráter penal” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *apud* FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p.70).

71 OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.113.

72 Aliás, pode-se dizer que tal pressuposto exsurge da própria essência do Direito Administrativo, que, conforme canônico ensinamento do e. Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, é instrumento de controle da Administração Pública pelo particular, não o inverso (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p.47), o que não se aplica apenas ao ambiente sancionador (FERREIRA, Daniel. *ob. cit.* p. 178). Não parece cabível que princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais individuais fossem afastados do ambiente do Direito Administrativo, cujo propósito essencial é o oposto, justamente em sua categoria fundamental voltada à aflição do particular – que é a atividade repressiva.

73 COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador – ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada**. Tese de Livre-Docência apresentada na Universidade de São Paulo (USP), em 2013.

de direito fundamentais dos particulares como resposta a atos ilícitos, demanda um regime jurídico rigoroso no estabelecimento da causalidade jurídica.

Na doutrina, ainda que eventualmente se filiem a doutrinas sensivelmente distintas, encontram território comum neste aspecto, Costa, conforme supra, Ataliba<sup>74</sup>, Ferreira<sup>75</sup>, Nieto<sup>76</sup>, Osório<sup>77</sup> entre outros. Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal também vem solidificando a positivação de tal premissa, como na Reclamação 41.55778, e no Mandado de Segurança (MS) 32.20179, reconhecendo tanto a autonomia científica do

---

74 "Constitui exigência constitucional que toda vez que se configure situação em que o particular esteja diante do estado no exercício do seu direito de punir (castigar), incide automática e imediatamente o chamado regime jurídico punitivo, assim designado o conjunto de preceitos constitucionais e legais que estabelece limites procedimentais, processuais e substanciais à ação do Estado, nesta matéria (exercício do *jus puniendi*)" (ATALIBA, Geraldo. **Imposto de Renda** – Multa Punitiva, p. 550).

75 "Como anota Canotilho (1993, p. 227), tratando do 'princípio da máxima efetividade': A uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais). Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre 'ilícitos', 'sanções', 'litígios ou processos sancionadores' e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos 'acusados' e aos 'sancionados' em geral, como insculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal" (FERREIRA, Daniel. *Op. Cit.* p. 176).

76 NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 167-168.

77 OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.102.

78 Conforme repercutido no Supremo Tribunal Federal na Reclamação 41.557, julgada em 15 de dezembro de 2020 pela Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes, tratando de improbidade administrativa, "*que pertence ao chamado direito administrativo sancionador, que, por sua vez, se aproxima muito do direito penal e deve ser compreendido como uma extensão do jus puniendi estatal e do sistema criminal*". Importando, na passagem (p.4), doutrinas de Ana Carolina Oliveira, citando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) ("*O direito administrativo sancionador deve ser entendido como um autêntico subsistema penal*" in Direito de Intervenção e Direito Administrativo Sancionador. 2012. p. 190) e Regina Helena Lobo da Costa ("*Assim, seguindo a proposta de Rando Casermeiro, crê-se que uma política jurídica conjunta, que leve em conta os dois ramos sancionadores, é imprescindível para aportar um mínimo de racionalidade à questão*" in Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador).

79 "Essa linha de pensamento se mostra apropriada na medida em que as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5o, II, e 37, caput); do devido

direito administrativo, quanto os aspectos basilares de seus princípios, com reflexo nas decisões proferidas no MS 35.536 e MS 35.294.

Entende-se, pois, que direitos e garantias fundamentais, no ambiente repressivo, devem se sobrepôr a primados de eficiência estatal, sem que caiba flexibilização do processo de estabelecimento de causalidade jurídica, conforme a doutrina majoritária supra. É por isto que é de central importância para a compreensão da matéria estabelecer que o regime jurídico na esfera do CADE atrai para si em igual intensidade e extensão os princípios jurídicos comumente associados à esfera criminal que sejam calcados na proteção, já que, conforme elucidado pelo Min. Roberto Barroso, são de extração constitucional.

Isto permite que tracemos certo paralelismo entre os princípios incidentes, evitando que eventuais distorções sejam equivocadamente atribuídas a uma legítima distinção substancial dos sistemas, especialmente no que tange à interpretação estrita da norma e ao princípio da tipicidade, sem que haja distinção de sua significação no campo administrativo sancionador e criminal.

Conforme se verá, a atividade hermenêutica do CADE modula a tipicidade das infrações de cartel, dando ao núcleo do tipo infracional elementos e contornos específicos, alterando inclusive a leitura constitucional do tema.

#### **a. A tutela criminal**

A tutela criminal dos cartéis no Brasil resvala em diversos tipos normativos. Conforme elucidada Martinez, podem ser encontrados dispositivos diretamente aplicáveis nas Leis 8.137/1990 (art. 4º) e Lei 8.666/1993 (arts. 90, 95 e 96). Com o advento da Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), os referidos dispositivos foram transpostos para o Código Penal nos arts. 337-F, 337-K e 337-L, embora o primeiro com redação sutilmente distinta, sem alteração substancial do tipo delitivo.

Os cartéis podem ser subsumidos a ambos os incisos I e II do art. 4º da Lei 8.137/1990. O inciso I abarca não apenas os cartéis, mas qualquer ajuste entre empresas para abusar de poder econômico, independentemente de estarem horizontalmente

---

processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, caput, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e 5º, LIV)". Vide citação acima do MS 32.201.

relacionadas ou não – aqui cabem ambos os cartéis clássicos e difusos, classificados acima, em que pese a primeira classe melhor se enquadre no inciso II. Refere-se a um crime de resultado/dano<sup>80</sup>, de modo que a configuração de ilicitude advém da consumação de seus efeitos, isto é, o abuso de poder de mercado mediante ajuste, consoante interpretação restritiva da norma<sup>81</sup>.

O inciso II, por sua vez, se refere apenas aos cartéis clássicos, em definição mais alinhada à da OCDE, exigindo um acordo, convênio, ajuste ou aliança entre concorrentes, escrito ou verbal, expressões com sentido específico. Neste caso, ter-se-ia um crime de perigo concreto<sup>82</sup>, que não exige a produção de efeitos, mas também não se confunde com o delito formal. Neste sentido, acolhe-se que a existência de poder de mercado por parte dos ofertantes, para subsunção às alíneas *a* e *b* do inciso II, é requisito imprescindível à observância do princípio da insignificância ou bagatela.

Rememorando a classificação anteposta, os cartéis difusos possuem peculiar distinção no caso da esfera criminal e administrativa. Conforme se verá, a mera troca de informações comercialmente sensíveis entre concorrentes pode configurar ilicitude na esfera administrativa independentemente de sua possibilidade de efeitos, enquanto na esfera penal isso não ocorre – para os cartéis difusos, deverá haver dano, conquanto não haja acordo, ajuste, aliança ou convênio – tornando-os clássicos, casos em que se exigirá ao menos a possibilidade, isto é, o poder de mercado.

A legislação referente às licitações, por sua vez, possuía três tipos delitivos nos quais cabem as práticas cartelizantes. Na Lei 8.666/1993 tratava-se dos arts. 90, 95 e 96, atualmente no Código Penal, nos arts. 337-F, 337-K e 337-L. Tratam eles das possíveis fraudes a licitações públicas, porém cada um com suas modulações.

O art. 337-F traz um crime material, de resultado e com dolo específico<sup>83</sup>, em que o bem jurídico imediato é a concorrência plena do certame, enquadrando as condutas que, sem prejuízo da fraude, não venham a causar efetivamente prejuízos ao erário. O art.

---

<sup>80</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit.* p. 186.

<sup>81</sup> *Idem*, p. 185

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 188

<sup>83</sup> MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit.* p. 192

337-K, por sua vez, prevê um crime formal, que se configura mediante a *busca por afastar* licitante. O art. 337-L, por fim, traz um crime material e de resultado, porém sem previsão de dolo específico<sup>84</sup>.

Cumpra breve apontamento, por derradeiro, o conflito aparente de normas, mormente por sua potencial relevância na seara da prescrição. Ainda nos esclarecimentos de Martinez (*idem*, p. 195), disputa a doutrina acerca dos conflitos entre os dispositivos da 8.137/1990 e dos dispositivos atualmente constantes do Código Penal. De um lado, há os que enxergam bens jurídicos distintos tutelados por cada lei, havendo concurso formal, sendo, portanto, crimes autônomos. De outro lado, há os que sustentam conflito aparente de normas.

Neste último caso, haveria sustentação de aplicação do princípio da especialidade, entendendo a Lei 8.137/1990 como geral e a antiga 8.666/1993 como especial. Independentemente do rigor de tal leitura, atualmente os dispositivos estão situados no Código Penal, o que, por tal visão, poderia pressupor a inversão da incidência do referido princípio, tendo o Código Penal caráter geral frente à Lei 8.137/1990.

Contudo, não se acolhe aqui a incidência do princípio da especialidade, mas sim o da consunção, associando, no caso dos dispositivos referentes aos cartéis em licitações, a conduta como meio. Neste caso, há de se ressaltar, a incidência do princípio da consunção pode depender do contexto do caso concreto, mediante, por exemplo, a demonstração de que o cartel de fato constituiu meio de atingir o dolo específico consubstanciado no art. 337-F, ou, pelo contrário, que o conluio extrapolava a finalidade de fraudar licitações.

#### **b. A tutela administrativa**

Conforme anotam Franceschini e Bagnoli<sup>85</sup>, o artigo 36 da Lei 12.529/2011 é estruturado, no *caput*, sobre a possibilidade de produção dos efeitos enumerados em seus incisos. Os autores chamam de *infrações-fim*<sup>86</sup>, os *objetos* ou *efeitos* que oferecem densidade à norma consubstanciada no *caput*, enquanto o parágrafo 3º e respectivos incisos trazem as condutas empíricas. Conforme ensinam os doutrinadores, as condutas

---

<sup>84</sup> *Idem*, p. 194

<sup>85</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p.421.

<sup>86</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p.474.

cartelizantes estão tipificadas no §3º, I e, e de influência à uniformização no inc. II, do artigo 36.

A partir da estrutura exposta, o preenchimento do enunciado do *caput* não se dá ato contínuo à subsunção do enunciado dos incisos I e II do §3º. As condutas típicas descritas no inciso só provocam subsunção ao *caput* à medida que também se subsumirem à possibilidade dos efeitos dispostos nos seus incisos. Trata-se de subsunções sucessivas, cada qual com seus elementos, até a configuração de ilicitude, que se verifica já no perigo concreto de efeitos (considerando o texto que reprova já a possibilidade de efeitos)<sup>87</sup> – podendo ter sua relevância na dosimetria da sanção ou no ensejo de reparação do dano.

A despeito da respeitável doutrina, a atividade hermenêutica do CADE vem oferecendo diferentes balizas à composição do tipo infracional. Conforme salienta Schuartz, ainda nas palavras de Martinez, a redação da lei permite a leitura dos incisos como ‘propósito objetivamente visado’, priorizando um caráter intencional da busca por tais efeitos, leitura que a autora entende infeliz, conjugando-a com a anedota dos padeiros.

Não obstante, o CADE vem adotando a responsabilização objetiva, supostamente sem qualquer lastro na intenção dos agentes econômicos, em cotejo com a chamada teoria da infração “*per se*”. Por mais que seja notável certa confusão por parte da autoridade quanto a este ponto<sup>88</sup>, a teoria atualmente adotada pelo CADE contempla uma presunção *iuris et de iure*, absoluta, de ilegalidade<sup>89</sup> da conduta cartelizante. Neste esteio, os cartéis deixam de representar um meio ao abuso de poder econômico e passam a conter

---

87 Em linha às lições de Bagnoli (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p. 467).

88 O CADE por vezes afirma adotar teoria “assemelhada” à regra *per se*, sem que haja presunção absoluta, chamando-a de infração “por objeto” (nomenclatura adotada no direito comunitário europeu, que, por sua vez, adota uma presunção *iuris tantum*, relativa, de ilicitude). Com efeito, a jurisprudência do CADE alterou-se ao longo do tempo, atualmente optando por não proceder à definição de mercado relevante nos casos de cartel, tornando impossível a verificação de existência de poder de mercado, haja vista que este último se estima a partir da definição do primeiro. É neste sentido que entende a doutrina (MARTINEZ, *ob cit.*, FRANCESCHINI e BAGNOLI, *ob cit.*, e, ainda, DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. **Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade**. In DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018. p. 120).

89 MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit.* p. 55.



em si antijuridicidade, afastando da autoridade a necessidade de apurar a existência de poder de mercado dos agentes cartelizantes.

Isto é, mesmo que se apresente prova em contrário<sup>90</sup> quanto à possibilidade de produção de efeitos ou favorável à existência de efeitos líquidos positivos, a presunção de ilicitude da existência do ajuste subsiste. O CADE reconhece o alcance de tais premissas analíticas<sup>91</sup>, que acabam por equiparar os cartéis a delitos formais, conforme já abordamos em outra oportunidade<sup>92</sup>.

Delitos materiais e formais seriam delitos que possuem necessidade de resultado naturalístico, sendo o delito material com resultado naturalístico produzido de forma externa ao tipo, colhido do plano fenomênico, e o delito formal aquele que possui resultado naturalístico internalizado na descrição da conduta típica, não sendo necessária sua verificação no plano fenomênico para o desvalor jurídico. Já os delitos de mera conduta são aqueles não possuem a descrição de um resultado naturalístico externo à própria materialidade da conduta descrita, nem externo, nem interno ao tipo.

Disto se afirma haver incompatibilidade com a classificação formal do cartel frente a um sistema de responsabilização objetiva, já que nos delitos formais o resultado é interno ao tipo e a antijuridicidade está na intenção do agente de visá-lo, e não na verificação de um efeito decorrente da conduta delitiva (resultado empírico).

Também não cabe categorizar a prática de cartel como *de mera conduta* em decorrência da complexidade das relações econômicas, a partir da qual essa categorização poderia resultar em grave desincentivo a práticas economicamente eficientes e benéficas.

---

90 TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**. 4ª ed., São Paulo, Noeses: 2016.

91 "Em texto repetido à saciedade em praticamente todas as Notas Técnicas relativas aos processos por cartel ou indução à conduta uniforme, e sem mais reboço, assim passou a se manifestar em seu conteúdo, até à atualidade, a Superintendência-Geral do CADE, mutatis mutandis: "171. O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, 'aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra 'per se'. Neste caso, repise-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises posteriores sobre efeitos ou sobre o mercado" (FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. *Ob. cit.* p. 196).

92 VIANNA, Rodrigo França. **A conformidade da apuração da infração de cartel sob a teoria per se segundo a hermenêutica constitucional**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 ago 2022, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58978/a-conformidade-da-apurao-da-infrao-de-cartel-sob-a-teoria-per-se-segundo-a-hermenutica-constitucional>. Acesso em: 05 ago 2022.

Acordos entre concorrentes podem resultar em contratos associativos ou *joint ventures*, além de situações de efetivos acordos voltados a objetivos lícitos, como em casos de projetos assistenciais, de inclusão e diversidade e até na situação da recente pandemia de coronavírus, em que ocorreram, em diversos mercados, alinhamentos entre concorrentes buscando solucionar problemas decorrentes da crise de saúde<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Pode-se mencionar, a título de exemplo, a sinergia para produção de equipamentos de proteção individual ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis sobre P&D de farmacêuticas. Esse cenário, diga-se, acabou reconhecido pelo CADE: <https://noticias.r7.com/economia/empresas-se-ajudam-nos-carteis-dobem-durante-pandemia-29062022>

A despeito do histórico de sua jurisprudência<sup>94-95</sup>, nota-se que recentemente, o CADE passou a aplicar tal teoria a todas as classes de cartéis anteriormente visitadas<sup>96</sup>

94 “184. A determinação de uma conduta como per se, portanto, depende de declaração por parte da jurisprudência. No Brasil, houve um movimento no sentido de aplicar a regra per se às hipóteses de cartéis chamados clássicos, em que os acordos são perenes e têm características que demonstram a sua institucionalização (sendo exemplos, não excludentes, de outras circunstâncias de institucionalização, os mecanismos de monitoramento e/ou de punição). (...) 187. Em suma, conforme a Lei n.º 8.884/94 e precedentes do CADE, nos casos em que houver a atuação de um cartel clássico, será exigida apenas a prova da existência da conduta para a configuração da infração, presumindo-se a potencialidade de que sejam produzidos efeitos prejudiciais à concorrência. Dessa forma, como estabelecido no caso do ‘Cartel de Britas’, verificadas as condições de existência de um cartel clássico, alcança-se um quantum probatório em que uma decisão pode ser exarada, sendo desnecessário realizar a prova dos efeitos. (...)190. A partir do caminho delimitado nos itens anteriores, resta agora utilizar as informações coletadas ao longo do processo para avaliar se: (i) houve cartel; e, havendo, (ii) se esse cartel é ou não clássico, hipótese em que seria aplicável a regra per se”. Voto de Relatoria no Processo Administrativo n.º 08012.004702/2004-77, de 9 de maio de 2012, Representante: SDE, *ex officio*. Representados: Peróxidos do Brasil Ltda., Solvay do Brasil Ltda. e outros. In DOU de 11 de maio de 2012, Seção 1, pág. 78.

95 “E o mesmo pode ser dito com relação às supostas evidências de cartel no mercado de combustíveis lastreadas na verificação, usualmente de consumidores, de reajustes próximos dos preços praticados. É desnecessário rememorar discussões a respeito de teorias sobre paralelismo de preços para afirmar que comportamentos paralelos não são ilícitos per se na doutrina concorrencial. Para delimitar a ilicitude de um paralelismo, é indispensável demonstrar que a hipótese de cartel seria a sua explicação mais provável, inexistindo outras causas plausíveis com grau de causalidade adequado à hipótese que está sub-judice. Já é famosa a tese doutrinária do paralelismo *plus*, em que aos órgãos de defesa da concorrência é necessária a comprovação de um fator adicional determinando que o paralelismo decorre de um cartel, tese essa que já chegou a ser utilizada pela jurisprudência do CADE em julgamentos anteriores. [NR] Como na AP n.º 08012.006844/2000-45; Representante: Câmara Municipal de Bragança Paulista-SP; Representados: Postos de Combustíveis de Bragança Paulista; Conselheiro-Relator Luiz Carlos Delorme Prado.” Voto na Averiguação Preliminar n.º 08012.001198/2007-04, de 28 de abril de 2010. Representante: Senador Flávio Arns. Representada: Postos de combustível de Curitiba. In DOU de 10 de maio de 2010, Seção 1, pág. 32, item 2.2.1.

96 “9. Em seu voto, a Relatora aduziu que cartéis “hard core” teriam análise pela regra *per se* e cartéis “soft” teriam análise pela regra da razão, o que não possui respaldo legal. **A Lei 12.529/11 – ou a revogada Lei 8.884/94 – não faz qualquer distinção ou tipologia de cartéis para análise probatória ou para fixação de penalidades.** Os parâmetros que a Lei 12.529/11 traz referem-se a critérios de dosimetria, nos quais os julgadores podem avaliar que algumas conformações de cartel podem ser menos gravosas que outras, diferenciando, portanto, tão-somente as penalidades aplicadas ou aplicáveis. Dessa forma, **trazer uma tipologia (“hard”/“soft”) que a própria lei não trouxe é tentar encaixar na lei uma norma que sequer o legislador quis criar, ainda que se tente fazer qualquer tipo de interpretação sistemática da Lei 12.529/11 com qualquer outro diploma legal ou constitucional.** Se for entendido que alguns cartéis são menos graves que outros, por qualquer razão, dever-se-ia fazer essa **distinção apenas na dosimetria** (especialmente no critério gravidade da infração) e não criar padrões de análise diferentes para práticas anticompetitivas subsumidas a um mesmo dispositivo legal, ou seja, a distinção deve ser na sanção

97, mesmo nos casos de trocas sistemáticas de informações<sup>98</sup>, tornando irrelevante sua classificação para esta fatia da exegese da norma no campo administrativo.

Neste sentido, no passado, para o CADE, o conteúdo semântico do delito de cartel encontrava maior similitude ao conceito, acima referido, extraído das ciências econômicas<sup>99</sup> – que, como visto, informam e integram o ordenamento jurídico, inclusive criminal. Atualmente, contudo, possui contornos distintos, específicos ao arcabouço normativo do Direito da Concorrência.

#### **IV. A semiótica e a tipicidade no direito repressivo**

---

e não no padrão probatório. Nesse raciocínio, divirjo da Relatora, pois entendo que todos os cartéis devem ser avaliados sob a mesma regra – regra *per se* –, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da segurança jurídica” (grifos do original). (Vide Voto-vista vencedor do então Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no Processo Administrativo 08012.002568/2005-51. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOjafDNaGjVAFBWmuN-JBNSbWoDmXhK-D5j1xZDWXzG3yFF-9Vr76OKii03-cwcV0QANLcXk4o3K7hb-fpvt5pu](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOjafDNaGjVAFBWmuN-JBNSbWoDmXhK-D5j1xZDWXzG3yFF-9Vr76OKii03-cwcV0QANLcXk4o3K7hb-fpvt5pu)

97 “De regra, o CADE vem entendendo que negociação coletiva e tabelamento de preços é uma prática que configura infração por objeto contra a ordem econômica, ainda que esse não seja o meu entendimento, como expus no PA n° 08012.002874/2004-14, referente à negociação conjunta pela Associação Médica da Grande Dourados, pelo CRM/MS e pela Unidas. (...) No entanto, tendo em vista decisões mais recentes do Conselho, que passou a considerar a negociação conjunta uma infração por objeto, incluindo o PA n° 08012.006969/2000-75, PA n° 08012.009381/2006-69 e o PA n° 08012.003422/2004-41, votei pela condenação da UNIDAS”. (Vide Voto do Conselheiro-Relator Alexandre Cordeiro Macedo, no Processo Administrativo 08012.007011/2006-97, reproduzido no Processo Administrativo 08700.001020/2014-26.

98 “158. De forma semelhante, também sob a perspectiva da lei concorrencial brasileira, a troca de informação concorrencialmente sensível entre concorrentes, se tiver como objeto a concertação ou uniformização de condutas, deve ser tratada como uma prática colusiva, independentemente da verificação de seus efeitos (...). 159. Desse modo, tal como visto acima, a presunção de ilicitude se justifica pela natureza concertada da prática que, em si, apresenta alta probabilidade efeitos anticompetitivos e baixa probabilidade de benefícios pró-competitivos. Assim, a conduta é uma infração por objeto se a informação é (i) trocada entre concorrentes, (ii) desagregada e (iii) relacionada a intenções futuras da atuação da empresa ou, até mesmo atuais, desde que permitam eliminar as incertezas quanto ao comportamento das empresas participantes da prática”. (Conforme Nota Técnica 66/2020/CGAA8/SGA2/SG/CADE, no Processo Administrativo 08700.004548/2019-61).

99 Conforme a antiga Resolução do CADE 20/1999: “Cartéis: Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”. (*in* MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit.*, p. 137).

Neste complexo contexto, situa-se a Lei 9.873/1999, notadamente seu art. 1º, *caput* e § 2º. O *caput* delimita em cinco anos o prazo prescricional para ação punitiva da Administração Pública Federal. Como exceção à regra do *caput*, o §2º determina que, quando “*o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime*”, o prazo será regido pela lei penal.

Conforme a doutrina e jurisprudência do CADE, há pelo menos duas leituras possíveis do enunciado do §2º, uma leitura *em concreto* e outra leitura *em abstrato*. Ambas submetidas ao regime jurídico repressivo e, por conseguinte, à leitura estrita. Nos dois casos se destacam ao menos duas perguntas acerca da incidência da referida regra: (i) o regimento do prazo ficaria restrito às pessoas físicas ou atingiria pessoas jurídicas? (ii) em que medida ocorre a sobreposição dos enunciados e uma conduta pode *constituir* tanto uma infração quanto um crime?

Na primeira hipótese, ter-se-ia uma concepção referencial dos termos utilizados, adotando sentido concreto para a expressão *também constituir crime*, ensejando problemas quanto à sobreposição normativa *frente a uma conduta em específico*, cuja solução reside na regra de competência.

Respondendo aos questionamentos, Martinez<sup>100</sup> ensina, em leitura estrita, que não há possibilidade de ampliação do escopo da norma, de modo que somente pessoas físicas podem ser sujeitos ativos do crime de cartel, restringindo-se a elas a possibilidade de *também constituir crime* o fato sob apuração da Administração.

Quanto à sobreposição normativa, o regimento na esfera administrativa pelo prazo prescricional previsto na lei penal depende de haver pelo menos o recebimento da denúncia por parte do juízo competente: observando que os ilícitos penais e administrativos possuem requisitos distintos, não caberia à autoridade administrativa determinar se uma conduta pode ou não também ser tida como crime. A avaliação de sobreposição normativa ficaria além da envergadura do CADE.

A regra de competência, nesta leitura, demanda determinar se há processo penal em andamento contra os mesmos investigados e somente quanto a esses seria contado o prazo conforme a lei penal, algo que é acompanhado pelos tribunais superiores<sup>101</sup>. Na mesma linha, a autora questiona se a atração do prazo prescricional se

---

100 MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit.* p. 255.

101 Além das referências coligidas pela autora, conforme decisão do então Ministro do STJ Teori Zavascki: “(...) em razão da expressa determinação do art. 1º, §2º, da Lei 9.873/99, aplica-se à Administração Pública

daria quanto ao prazo máximo previsto em tese ou sobre o prazo prescricional em concreto, concluindo que o art. 110 e seus parágrafos do Código Penal teriam de ser conjuntamente importados com o art. 109102. Portanto, no mesmo sentido, a autoridade administrativa também não poderia afastar a possibilidade de incidência de prescrição retroativa. Diante de tal contexto, Martinez se posiciona no sentido de que a regra deveria ser afastada ou deveria ser considerada a pena mínima em abstrato.

Na segunda leitura possível da norma, a expressão *crime* contempla um sentido abstrato para seu campo semântico, ensejando problemas quanto à sobreposição normativa *em tese*, sem que haja um referencial concreto e cuja solução, como se verá, reside no princípio da tipicidade.

Acolhe-se como mais adequada, à luz da melhor doutrina e de parte da jurisprudência do CADE<sup>103</sup>, a leitura estrita e concreta da norma, dado que, como se demonstrou, é a interpretação normativa adequada ao campo repressivo. Contudo, não se pode ignorar que a jurisprudência majoritária atual do Conselho adota a segunda leitura, atraindo para sua realidade o prazo criminal.

Aqui se remete às premissas do Capítulo II, na medida em que se nota uma concepção abstrata da conduta de cartel, ignorando as peculiaridades de suas classificações. Veja-se, por exemplo, o ilustrativo Parecer da Procuradoria Federal

---

Federal o prazo prescricional fixado na legislação penal quando o fato apurado constitui crime em tese. Analisando a questão sob enfoque do art. 142, §2º, da Lei 8.112/90, que contém dispositivo com idêntico teor, esta Corte consolidou o entendimento segundo o qual o prazo criminal somente se aplica à seara administrativa quando instaurada a respectiva ação penal. Nesse sentido: MS 14.446/DF, S. Mm. Napoleão Nunes Mala Filho, DJe de 15.2.2011; MS 15.462/DF, S. Mm. Humberto Martins, DJe de 22.3.2011, este último assim ementado: (...) Igual entendimento deve ser adotado à hipótese dos autos, tendo em vista a semelhança da regra constante no art. 1º, §2º, da Lei 9.873/99. No caso, o acórdão recorrido consigna que não houve sequer a abertura de inquérito policial (fl. 920), razão pela qual não merece reparos". (REsp no 1.116.477/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, j. 16.8.2012, DJe 22.8.2012).

102 "Ou bem a autoridade administrativa mostra-se satisfeita com o prazo de 5 (cinco) anos que lhe confere a Lei de Processo Administrativo, ou aplica, se cabível, prazo mais dilatado, sujeitando-se a ter que afastar posteriormente a decisão em vista de decisão criminal, que pode, inclusive, ser prolatada anos depois da decisão administrativa" (MARTINEZ, Ana Paula. *Ob cit*, p. 256).

103 Conforme o Voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo no Processo Administrativo 08700.001859/2010-31, itens 22 a 41, e o Voto-Vista do então Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia no Processo Administrativo 08012.004674/2006-50, itens 42 a 48.



Especializada Junto ao CADE – PFE-CADE, exarado no Processo Administrativo 08012.003970/2010-10:

“**As práticas de cartel** são tipificadas como crime pela Lei no 8.137/1990, cuja pena máxima é de 5 (cinco) anos (art. 4o, II). De acordo com a regra insculpida no art. 109 do Código Penal, antes de transitar em julgado a sentença final, a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade prevista, prescrevendo em 12 (doze) anos a pretensão punitiva se o máximo da pena for superior a quatro anos e não exceder a oito (inciso III). Portanto, **como estamos diante de indigitada conduta de cartel**, cuja pena na esfera criminal é de no máximo 5 (cinco) anos, o prazo prescricional aplicado ao presente processo concorrencial é de 12 anos. (...) Ainda, o § 2o do artigo 1o da Lei no 9.873/1999, e o § 4o do artigo 46, da Lei no 12.529/2011, somente exigem que o fato seja capitulado como crime, não impondo que haja persecução criminal quanto ao mesmo fato que enseja a responsabilização administrativa. Assim, é prescindível, para fins de aplicação da prescrição prevista em lei penal, a propositura de ação penal ou mesmo a investigação dos fatos em sede de inquérito criminal. Veja-se, portanto, que a Lei no 9.873/1999 tão somente criou um critério objetivo, ou seja, se uma conduta administrativa também é crime, tal conduta é mais grave e, portanto, merece maior tempo para ser investigada e reprimida, dado o bem jurídico protegido ser mais valioso. (...) **É a gravidade da formação de um cartel** que levou não só à tipificação penal desta conduta, como também justificou a majoração do prazo prescricional”. (grifou-se)

Os grifos buscam destacar a referência à formação de cartel e a intensa adjetivação da conduta em tese, sem que haja um esforço em densificar o que se entende por tal expressão. Conforme já visitado, há diversas classes de cartéis, diversas condutas que podem ser *nomeadas* de tal maneira, sem que, contudo, haja similitude entre seus elementos, efeitos e, portanto, desvalor jurídico.

Registra-se por oportuno que o CADE opta por alargar ao máximo o prazo prescricional de sua pretensão punitiva. A uma, por historicamente adotar os prazos prescricionais dos tipos penais da Lei 8.137/1990, mesmo em cartéis em licitações, sem qualquer análise acerca dos princípios da especialidade ou consunção no caso concreto. A

duas, ao adotar o prazo prescricional máximo previsto na hipótese normativa da lei 8.137/1990, considerando em qualquer hipótese o prazo prescricional de 12 anos, como bem ilustra o trecho coligido do Parecer da PFE.

No mesmo processo, a Superintendência-Geral do CADE também fez considerações em sentido similar, conforme Nota Técnica 27/2015104, acolhida sem questionamentos pelo então Conselheiro-Relator Paulo Burnier da Silveira (item 21 e 22), no sentido de que basta a *capitulação*, isto é, demandaria *tão somente a tipificação legal da conduta* para atração do prazo criminal.

Neste racional, não obstante o CADE não enverede tais esforços, a averiguação da sobreposição *típica* entre as normas, isto é, a verificação de que os fatos objeto da persecução do CADE *também constituem crime*, demanda um cuidadoso olhar sobre o campo semântico de cada dispositivo. Conforme já se abordou, a Teoria Geral dos Signos ensina que estes não se confundem com o objeto que representam, nem possuem o condão de exauri-los.

Superando o rótulo *cartel*, a avaliação da sobreposição normativa demanda análise acerca do paralelismo entre seus elementos, suas propriedades, para que haja de fato equivalência entre seus conteúdos. Trazendo a lógica da semiótica para o presente enredo, o conteúdo de uma norma de caráter penal, conforme imposição deste regime jurídico já esmiuçado, se define por sua *tipicidade*. Isto é, recorre-se ao tipo delitivo para compreensão adequada do conteúdo semântico das normas sob escrutínio.

Somente dessa forma haverá possibilidade de compreender como se daria a *sobreposição em abstrato* entre as normas, haja vista que a mera e vaga noção de *cartel*, como visto, não é suficiente para descrever os fatos a caracterizarem o objeto da apuração.

## V. As prescrições dos cartéis na esfera administrativa

---

104 "Em casos em que o ilícito administrativo é imediatamente enquadrado no tipo penal (como ocorre no caso dos crimes contra a ordem econômica e os ilícitos antitrustes), mais claramente se observa a necessidade de garantir a adequada tutela ao bem jurídico. Nesse tocante, cumpre lembrar que a própria Constituição Federal determina a repressão do poder econômico que visa à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4º). Tal interpretação se mostra em conformidade com a própria redação do art. 1º, §2º da Lei 9.873/1999, uma vez que o dispositivo demandaria *tão somente a tipificação legal da conduta*".

Cumpra-se breve e último parêntese antes do cotejo entre os tipos delitivos adrede apresentados para avaliar sua sobreposição em abstrato. Para que possamos fazer tal análise, é preciso compreender que o nosso sistema penal adotou a teoria finalista do tipo<sup>105</sup>. No Código Penal, portanto, compreende-se o delito como um ato típico, antijurídico e culpável, incluindo o elemento subjetivo na própria tipicidade<sup>106-107</sup>.

Aqui se nota, portanto, que mesmo nesta leitura abstrata, as pessoas jurídicas não poderiam ser atingidas pelo prazo prescricional do crime. Isto porque o CADE adota a leitura do tipo infracional de cartel como de responsabilização objetiva, não havendo, em termos de tipo, sobreposição, mesmo em abstrato, para as pessoas jurídicas. No caso das pessoas naturais, há responsabilização subjetiva em ambas as esferas, passando-se a analisar os demais elementos de cada tipo.

Conforme exposto, atualmente o CADE adota a teoria da infração *“per se”* para apuração das diferentes classes de cartéis. A todas, portanto, se aplica o entendimento indiscriminado pelo tipo formal, em detrimento da avaliação de poder de mercado e possibilidade de efeitos.

Neste esteio, os crimes previstos no art. 4º, incisos I (crime material e de resultado/dano) e II (crime de perigo concreto), da Lei 8.137/1990, já não possuem estrutura similar ao tipo administrativo formal cunhado pelo CADE. Veja-se que o fato objeto de apuração do CADE pode ser o cartel entre os padeiros, que, em sua avaliação, será um ato infracional gravíssimo, conforme ilustrado pela PFE, enquanto para o judiciário será um ato atípico, pela impossibilidade de resultado ou pela incidência do princípio da insignificância – conforme explicado.

Uma vez que o CADE opta por não delimitar o mercado relevante, não logrará apurar existência de poder de mercado, não tendo ao seu alcance elementos suficientes para entender preenchida a hipótese do crime – por mais abstrata que seja sua concepção.

---

105 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

106 BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais, volume II, 2ª Ed., 2000. p. 133.

107 SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5ª ed., 2012. p. 102.

O mesmo ocorre com os tipos criminais do art. 337-F (crime material, de resultado e com dolo específico) e art. 337-L (crime material e de resultado, sem dolo específico) do Código Penal.

Resta, neste sentido, o art. 337-K, único que prevê um crime formal, que se configura mediante a *busca* pelo objetivo de afastar licitante. Ainda, a interpretação da expressão *afastar* deve ser lida de forma estrita, em sentido específico de buscar que um licitante não participe de licitações, conforme o parágrafo único, *se abstenha* ou *desista*. Considerando que muitos cartéis operam por meio de propostas de cobertura, na qual o licitante não é de fato afastado, mas cooptado a participar de forma fraudulenta, a escolha por uma interpretação *lato sensu* poderia impactar a contagem do prazo prescricional.

A leitura abstrata dos tipos normativos, portanto, possuiria sobreposição, em hipótese, somente em relação às pessoas naturais e somente nesses casos em que houvesse cartéis em licitações, demonstrando que tais agentes atuaram para *afastar* outros licitantes do certame – o que reduziria drasticamente o feixe de condutas passíveis, em abstrato, de *também constituírem crime*.

Ainda assim, nesses casos, subsistiram dois problemas que restam irrespondidos: (i) por que a aplicação da prescrição penal é atraída ao campo administrativo sempre em sua máxima extensão? e (ii) por que a determinação da dosimetria da sanção não pode gerar prescrição retroativa?

Quanto a essas questões, acolhe-se novamente a solução de que se atraia o prazo prescricional contado a partir da pena mínima estabelecida em lei. De todo modo, o que se conclui é que, uma vez que adota o CADE a teoria da infração *per se*, transmuta a infração de cartel, qualquer que seja sua classe, em infração formal. Por inferência lógica, só podem os fatos objeto de sua apuração também constituírem os crimes que assim o sejam em abstrato, visto que o signo “cartel” é insuficiente para descrever os elementos típicos dos delitos previstos em cada dispositivo normativo – como visto bastante plurais.

## **VI. Conclusão**

O presente estudo se debruçou sobre espinhosa problemática atualmente e há muito enfrentada pela comunidade jurídica concorrencial, que é a prescrição da pretensão punitiva do CADE nos casos de cartéis. O instituto possui fundamental relação com o princípio da segurança jurídica, sendo urgente que as discussões nesta matéria ganhem

maior maturidade, para que se possa ter uma aplicação orgânica e coesa, frente ao ordenamento jurídico como unidade.

Neste contexto, abordou-se como as noções de cartel podem ser manejadas em diferentes ambientes, notadamente o econômico, origem de suas definições empíricas, e o jurídico, guardadas as especificidades de cada sistema normativo. A partir disso, reflete um esforço em busca de trazer maior concretude e clareza à terminologia utilizada ao abordar a questão, buscando reduzir ao máximo o espaço para confusões semânticas.

Como se viu, a semiótica tem relevante serventia neste diapasão, visto que seu primeiro ramo, a Teoria Geral dos Signos, nos provê um útil vetor para buscarmos um referencial único e aprimorarmos o entendimento acerca de cada conceito e suas modulações.

Para aplicá-la ao ambiente do presente estudo, observou-se que o regime jurídico atraído por ambos os sistemas que normatizam a resposta jurídica aos cartéis é o regime jurídico repressivo, próprio do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, enquanto distintos braços do *ius puniendi* estatal. No ambiente repressivo de um Estado de Direito Democrático, o campo semântico, ou o objeto dos signos, se define consoante ao princípio da tipicidade, visto que é o que determina o enunciado ao qual se subsumirá o fato, tendo sua interpretação sempre de forma estrita.

Adotado com clareza este conjunto de premissas, passou-se à análise detida da questão proposta, avaliando os dispositivos normativos atinentes à questão. O problema se inicia a partir da leitura do art. 1º, §2º da Lei 9.873/1999 (reproduzido na Lei 12.529/2011 em seu art. 46, §4º), que determina a alteração do prazo prescricional quando os fatos objeto da apuração da Administração também constituírem crime.

A partir de tais dispositivos, empreendeu-se em doutrina e jurisprudência duas leituras distintas, uma propondo uma atividade hermenêutica voltada a um objeto concreto e outra propondo que se adote a figura delituosa em abstrato, buscando similitude em sua constituição deôntica.

A primeira leitura, como se viu, deve se submeter primordialmente à regra de competência, restringindo a envergadura da autoridade administrativa quanto à declaração de existência ou não de crime. Por conseguinte, a autoridade administrativa só teria legitimidade para adotar o prazo penal se houvesse ao menos uma ação judicial instaurada com visada à tal conclusão. Caso contrário, não haveria razões para a autoridade

administrativa legitimamente presumir estar diante de um crime em potencial. Assim responde-se à primeira pergunta de pesquisa.

A segunda pergunta, consoante leitura abstrata do dispositivo, produz um resultado de maior complexidade, visto que a hipótese de sobreposição entre os tipos, em abstrato, merece cotejo específico, detalhado e permeado pela semântica tecnicamente atribuída a seus termos. Não obstante tal esforço não seja, ainda, acolhido pela jurisprudência do CADE, buscou-se delimitar os contornos típicos em ambas as matérias infracional e criminal.

Enquanto os tipos penais foram, um a um, esmiuçados e definidos segundo a classificação de cartéis anteposta, o tipo administrativo logrou definição única, vez que todas as classes de cartéis são tratadas pelo CADE, em termos de hermenêutica, da mesma maneira, isto é, enquanto delitos formais. Tal exercício permitiu demonstrar que a estrutura elementar de cada tipo penal se difere substancialmente do tipo infracional, à exceção de um tipo penal específico, o art. 337-K do Código Penal, que de fato *pode*, e não necessariamente o fará, encontrar similitude entre os elementos exigidos, a depender de o caso em apuração ser subsumível ao art. 36, §3º, alínea *d*, que se refere à infração de cartéis em licitações e da busca por afastar licitante.

A conclusão a que se chegou é, afinal, que a leitura concreta do referido dispositivo demanda acolhimento do prazo quinquenal estabelecido pela norma no *caput*, enquanto a leitura abstrata do enunciado demanda uma demonstração detalhada de congruência típica entre as normas, que só poderá ocorrer nesses casos de cartéis em licitação, condicionados à *busca por abstenção* ou *desistência* de outro licitante. Ainda nestes casos, a autoridade administrativa precisará enfrentar as duas questões que subsistem a esta leitura abstrata da norma, que implicaria atração do prazo aplicável à pena mínima em abstrato.

## VII. Referências bibliográficas

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais, volume II. 2ª Ed., 2000.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas: Entre Direitos Fundamentais e Democratização da Ação Estatal**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v.12, n.12.



FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; BAGNOLI, Vicente. **Tratado de Direito Empresarial: Direito Concorrencial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros, 2010

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013

DONAS, Frederico Carrilho; VILAS BOAS, Maria Izabella; LUCIANO JUNIOR, Paulo César. **Parâmetros de análise de infrações concorrenciais pelo Cade**. In DONAS, Frederico Carrilho; SOARES, Marcio (coord). **Direito concorrencial: questões atuais**. São Paulo, Edgar Blücher: 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 4ª Ed. 2006. p. 167-168.

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SANTAELLA, Lucia. **A relevância da semiótica para a construção do conhecimento**. *in* CARVALHO, Paulo de Barros. (Coord.) et. BRITTO, Lucas Galvão (Org.). **Lógica e Direito**. São Paulo: Noeses, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 5ª ed., 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A Prova no Direito Tributário**, 4ª ed., São Paulo, Noeses: 2016.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; Marco Antonio S. Vasconcellos, Manuel E. Garcia. **Fundamentos de Economia** – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

VIANNA, Rodrigo França. **A conformidade da apuração da infração de cartel sob a teoria *per se* segundo a hermenêutica constitucional.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 05 ago 2022, 04:30. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58978/a-conformidade-da-apuracao-da-infrao-de-cartel-sob-a-teoria-per-se-segundo-a-hermenutica-constitucional>. Acesso em: 05 ago 2022.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro.** 11<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

## **DIREITO A SOBREVIVER: A JUDICIALIZAÇÃO DE LEITOS DE UTI DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO AMAZONAS.**

**VICTORIA ELISA DA SILVA JALKH:**  
Graduanda em direito pela Universidade  
Federal do Amazonas - UFAM.

**JOÃO GABRIEL QUINTELA JULIÃO AKEL**<sup>108</sup>  
(coautor)

**José Roque Nunes Marques**<sup>109</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Ao lembrar a crise sanitária e o colapso do sistema de saúde manauara, ocorrido em janeiro de 2021, o presente artigo fará minuciosa análise dos impactos da judicialização dos leitos de UTI durante a pandemia e como isso afetou o judiciário e a vida em sociedade, tanto com a análise de julgados quanto de matérias jornalísticas. Se de um lado judicializar era a resposta à ausência de leitos e o dever do Estado era propiciar condições para que todo aquele que precisasse tivesse as condições de atendimento, do outro havia inúmeras pessoas que apenas aguardavam sua vez para conseguir um leito de hospital. Por fim, concluir-se-á que as decisões judiciais que garantiam o direito de leito não analisavam o princípio da reserva do possível de maneira adequada e acabaram por fazer com que aqueles que judicializaram sua demanda passassem à frente de quem apenas aguardava sua vez.

**PALAVRAS-CHAVES:** Covid-19. Leitos de UTI. Judiciário. Estado do Amazonas. Pandemia.

**ABSTRACT:** By recalling the health crisis and the collapse of the Manaus health system, which occurred in January 2021, this article will make a thorough analysis of the impacts of the judicialization of ICU beds during the pandemic and how this affected the judiciary and life in society, both with the analysis of judgments and journalistic materials. If, on the one hand, legalizing was the answer to the lack of beds and the State's duty was to provide conditions so that everyone who needed it had the conditions of care, on the other hand,

<sup>108</sup> Graduando em direito pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM.

<sup>109</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1986), com Especialização em Direito Ambiental pela UFAM, Mestrado em Direito da Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996) e Doutorado em Programa Multi-institucional de Pós-graduação em Biotecnologia pela Universidade Federal do Amazonas (2013). É Procurador de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado do Amazonas. Atualmente é professor Adjunto da Universidade Federal do Amazonas, do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direito da UFAM. É sócio do escritório jurídico Nunes Marques Advogados, onde atua em Direito Ambiental, Constitucional, Cível e Penal.

there were countless people who were just waiting their turn to get a hospital bed. Finally, it will be concluded that the judicial decisions that guaranteed the right to bed did not analyze the principle of reserving the possible in an adequate way and ended up causing those who judicialized their demand to go ahead of those who were just waiting their turn.

**KEY-WORDS:** COVID-19. ICU Beds. Judiciary. State of Amazonas. Pandemic.

## 1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 ficou marcado pelo início da pandemia da covid-19. Em que pese a gravidade da doença, o Estado do Amazonas viu-se colapsado com anos de má gestão pública e ausência de investimentos na saúde, o que fez com que a máquina pública não pudesse atender a todos que dela precisassem.

Com o sistema único de saúde sem leitos para atender as solicitações que cresciam diariamente, as pessoas passaram a judicializar suas demandas, requerendo do Estado o cumprimento de seu direito à saúde o que, sob uma óptica externa, poderia ser algo positivo, mas, quando analisado o todo, percebe-se que a judicialização de leitos de UTI acabou por ignorar os princípios da isonomia e da reserva do possível, fazendo com que pessoas que estavam na fila de espera para receber seu leito fossem passadas para trás por quem tivesse uma ordem judicial.

Assim, o presente artigo visa analisar, de forma crítica, o conflito aparente entre o Poder Judiciário do Estado do Amazonas quanto às ações relacionadas aos leitos de Unidade de Terapia Intensiva requeridos durante a pandemia de covid-19 e como isso afetou a rotina de hospitais e acarretou no pensar negativo da sociedade em relação ao acesso ao judiciário.

A metodologia aqui abordada referenciar-se-á pelos julgados e lides jornalísticas publicados à época do primeiro ano de pandemia da covid-19 no Amazonas (2020-2021) e serão vento norteador para a elucidação da problemática até aqui exposta.

## 2. SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL

De acordo com o autor José Afonso da Silva, os direitos sociais são:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas, em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais; (2007, p. 286 e 287).

Assim, a saúde como garantia fundamental possui maior ênfase no direito brasileiro quando o Brasil realizou a assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, onde o artigo 25 enumera a saúde como condição básica para uma vida digna.<sup>110</sup> Tal declaração inspirou a atual Constituição que, em 1988, incluiu o direito à saúde no rol de seus direitos sociais<sup>111</sup>, contudo, sem exemplificá-los.

Essa inclusão garante que serão ofertados aos cidadãos cuidados de saúde de modo igualitário. Entretanto, não basta somente que seja declarado que todos possuem o direito à saúde, afinal, o direito sem sua plena eficácia se torna mero dispositivo, devendo o Estado organizar os meios para assegurar essa garantia e torná-la efetiva.

Ademais, o artigo 196<sup>112</sup> da Constituição Federal determina que o Estado deve formular políticas sociais e econômicas para promover, proteger e recuperar a saúde de seus cidadãos, bem como criou uma estrutura, citou a atuação e objetivos no artigo 198 e seguintes do mesmo texto.

Além dela, a Lei Federal 8.080 de 19 de setembro de 1990 trata da estrutura organizacional do Sistema Único de Saúde (SUS) e no seu artigo 2º, caput, bem como no seu § 1º informa acerca da obrigação do Estado:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e

---

<sup>110</sup> Organização das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 25: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declaração%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>;

<sup>111</sup> Constituição Federal, 1988, artigo 6º, Caput - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição;

<sup>112</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 196º - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;

aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Por meio do primeiro parágrafo do artigo 5º<sup>113</sup>, o texto constituinte determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo assim, o Estado não deve medir esforços para garantir o direito à saúde aos seus cidadãos. Portanto, por encontrar-se positivado, o direito à saúde possui eficácia plena e imediata e, nos casos de negligência estatal, as prestações podem ser requeridas judicialmente, sendo essa um dos argumentos utilizados nas ações interpostas no período pandêmico.

## **2.1. O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL**

O princípio da reserva do possível tem origem no direito alemão e se vale da ideia de existência de um “mínimo existencial”. Esse mínimo pode ser identificado na nossa Constituição em vários momentos, contudo, é notória sua presença no art. 5º, principalmente no caput, ao tratar do direito à vida. Assim, deve o Estado garantir os meios necessários para que os cidadãos tenham pelo menos o mínimo necessário à sua sobrevivência.

Forte nesses argumentos, a reserva do possível é suscitada não para escancarar a ineficácia pública, mas, como um meio de atingir a dignidade humana ou garantir o direito à vida de outrem. O ex-ministro do STF Celso de Mello, destaca, no RE 393175 RS, que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ética jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e saúde humanas.

Contudo, desde o início da pandemia de covid-19, este princípio foi amplamente utilizado e, com notória frequência, garantidor de leitos de hospitais para aqueles que precisavam com “urgência”. Mas, em um momento onde todos os que aguardam um leito

---

<sup>113</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;



também têm urgência, acabou que a excessiva judicialização de leitos não respeitou o princípio da isonomia.

Nesse sentido, a autora Ana Paula de Barcellos declara que: "A expressão reserva do possível procura identificar a limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas."<sup>114</sup> Portanto, a reserva do possível deve trazer a ponderação do judiciário, pois as demandas devem ser analisadas protegendo os interesses da coletividade.

Em que pese o artigo 196 da Constituição Federal trazer a ideia de que o direito à saúde é absoluto, posto que não há dignidade humana sem saúde, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que não há direito absoluto, conforme leitura do MS 23452 RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

(..)

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (STF - MS: 23452 RJ, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 16/09/1999, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

(..)

Conforme o entendimento do STF, incidem limitações jurídicas sob os direitos e garantias fundamentais, com o fito de garantir os interesses sociais da coletividade em

---

<sup>114</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.276;

detrimento aos dos particulares. Além disso, também existem as limitações estatais, tornando impraticável o caráter absoluto dos direitos.

No Amazonas, diversas decisões judiciais valeram-se do direito fundamental à saúde enquanto um princípio para uma vida digna e que a negativa do pedido iria ferir o direito à vida e sobrevivência do paciente, conforme o trecho da decisão exarada nos autos judiciais nº 0601711-68.2021.8.04.0001:

(...)

O direito à saúde é assegurado pela Constituição da República, no seu art. 6º, tratando-se de direito fundamental, o que reclama máxima efetividade. Desta feita, é dever constitucional dos Estados, conjuntamente com a União, o Distrito Federal e os Municípios, disponibilizarem o fornecimento de medicamentos e hospitais com equipamentos suficientes e necessários para assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde. In casu, nota-se que a Autora colacionou aos autos a sua tomografia computadorizada do tórax (fls.18/19 - acometimento entre 50% e 75% do parênquima pulmonar), a qual demonstra a gravidade do seu estado, bem como narra na inicial que seu quadro de saúde vem se agravando a cada dia, correndo o risco de vir a óbito. Ora, suas alegações são providas de plausibilidade na medida em que estamos diante de paciente inserida no grupo de risco é acometida da doença que vem assolando o país e o Estado do Amazonas e matando milhares de pessoas há cerca de um ano; destarte, é razoável supor que ninguém, em sã consciência, intentaria uma internação em hospital a não ser que fosse extremamente necessário.

Portanto, de forma a resguardar a vida da Autora, entendo que a medida de urgência possui plausibilidade para a sua concessão.

(...)

Contudo, pela ótica do princípio aqui debatido, não deveria ser exigível a disponibilização de um leito de um paciente que já aguardava na fila do Sistema de Transferência de Emergência Regulada (Sister), conforme a própria Central Unificada de Regulação e Agendamento de Consultas e Exame (CURA), para que o direito do paciente fosse cumprido, pois, como informado anteriormente, não existiam recursos suficientes para a demanda à época.

## 2.2. O PRINCÍPIO DA (DES)IGUALDADE E O ACESSO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA

Por todo o Brasil faltavam leitos de UTI disponíveis para atender as necessidades dos cidadãos, portanto, não seria razoável determinar que o sistema de saúde disponibilizasse leito para determinado paciente somente pelo fato de que ele teve acesso ao judiciário, enquanto centenas aguardavam em ordem cronológica.

Contudo, contrário ao até aqui defendido, é possível analisar o seguinte trecho da decisão exarada nos autos judiciais nº 0602379-39.2021.8.04.0001 TJAM:

(..)

O direito à saúde é assegurado pela Constituição da República, no seu art. 6º. Portanto, é um direito fundamental, o que reclama máxima efetividade. Portanto, é dever constitucional dos Estados, conjuntamente com a União, o Distrito Federal e os Municípios, o fornecimento de medicamentos e hospitais com equipamentos suficientes e necessários para assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde. In casu, nota-se que suas alegações são providas de plausibilidade, na medida em que estamos diante de paciente de idade avançada, em estado de saúde grave, sendo razoável supor que ninguém, em sã consciência, intentaria internação em UTI a não ser que fosse extremamente necessário. Analisando os autos, observo que a Autora não colacionou aos autos os documentos comprobatórios de sua doença, tampouco acerca da internação e necessidade de transferência para UTI. Entretanto, tal fato não pode servir de óbice ao deferimento da medida, uma vez que estamos diante, ao que tudo indica, de paciente com risco de morte, de forma que a tutela do direito à vida não pode ser afastada por simples questão documental.

(...)

Diante do exposto, CONCEDO o pedido de tutela de urgência, determinando que os Requeridos transfiram a Requerente imediatamente para uma unidade de terapia intensiva, fornecendo tratamento médico justo e adequado, sob pena de incidência de multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada um dos Requeridos, em caso de descumprimento, após extrapolado o prazo de 6h, a contar da intimação, no limite de até 30 dias/multa.

Da inteligência do excerto lido, temos que mesmo com a completa ausência de provas acerca da urgência, valendo-se o Juízo de especulações de que “ninguém, em sã consciência, intentaria internação em UTI a não ser que fosse extremamente necessário” a liminar fora deferida.

Portanto, pergunta-se: qual a diferença entre o paciente dos autos apresentados e um que aguarda na fila cronológica com os devidos documentos? A resposta parte do então Secretário de Reforma Judiciária do Ministério da Justiça, que afirmou “O Brasil é mais desigual no acesso à Justiça do que na educação, na expectativa de vida e na renda”<sup>115</sup>. Logo, faz-se necessário reconhecer que o acesso à justiça no país é privilégio de poucos e estes estão intimamente relacionados ao acesso à educação.

Não causa espanto que o acesso à justiça seja facilmente alcançado pelas famílias mais abastadas. Os processos, na maioria dos casos, demoram anos para finalizar e pessoas de baixa renda estão mais preocupadas em não passar fome do que despende seus recursos com locomoção, para acompanhar e solicitar informações acerca de procedimentos jurídicos. Além de que a linguagem do judiciário é de difícil acesso, como destaca Arthur Lavigne Gesteira Slaibi:

Em que pese ser importante informar os cidadãos, é também essencial a educação dos juristas, em busca de motivar não só a coerência textual, mas de tornar a linguagem acessível, limitando o uso dos termos técnicos, e adaptando o texto aos seus reais destinatários, o que permitiria maior identificação destes com o próprio poder judiciário. (2017, p.15)<sup>116</sup>.

O judiciário precisa adaptar-se para que seu acesso seja possível a todos, pois somente a assistência judiciária gratuita não é o suficiente, faz-se necessário que a linguagem utilizada seja compreensível para aqueles que não possuem o conhecimento técnico, facilitando seu acesso.

Em que pese o notório trabalho das Defensorias, seja do Estado ou da União, a massiva judicialização nos casos de requerimento de leitos colidia com o princípio da isonomia, visto que não existiam razões suficientes para ordenar tratamento desigual a

---

<sup>115</sup> Desigualdade no acesso à Justiça é 50 vezes maior do que na educação. Disponível em: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/118687019/desigualdade-no-acesso-a-justica-e-50-vezes-maior-do-que-na-educacao>;

<sup>116</sup> SLAIBI, Arthur Lavigne Gesteira. Uma crítica à linguagem jurídica: acesso, técnica, violência e efetividade. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/USER/Downloads/4810-18377-1-PB.pdf>;

paciente que não possuía meios para acionar o judiciário, posto que os leitos de UTI estavam, em sua maioria, sendo usados para tratamento de covid-19.

Ao ponderar que todos tinham praticamente as mesmas necessidades, em fevereiro de 2021, foram suspendidas no estado do Amazonas 78 decisões judiciais que determinavam que o Estado do Amazonas deveria fornecer leitos clínicos ou de UTI a pacientes com covid-19, como bem se pode observar na decisão que compõe os autos de nº 4000221-92.2021.8.01.0000<sup>117</sup>.

(...) A identificação da priorização do fornecimento suplementar de serviços médicos para atendimento dos pacientes infectados pelo COVID-19, cabe ao Estado do Amazonas, que possui protocolo médico-sanitário para dar suporte, de maneira uniforme, a todos os cidadãos do Estado, independentemente, do município ou da região em que se encontrem. Vale ressaltar que estamos vivenciando uma segunda onda de contaminação que assola o estado do Amazonas e toda a sua estrutura médico-hospitalar, levando ao esgotamento de todos os recursos materiais e humanos existentes. Para tanto, o Estado do Amazonas, como dito, criou um plano de contingenciamento lastreado em critérios médicos rigorosos para identificar os pacientes mais graves, a fim de formar uma lista de prioridades. A análise é feita por médicos de diversas especialidades que integram a Coordenação de Regulação de Internação e Urgência e pela Coordenação Estadual de Regulação, estabelecendo a prioridade de fornecimento de leitos e transferência em UTI aérea dos pacientes mais graves. As liminares concedidas, em que pese a inquestionável boa intenção, diante do quadro caótico em que se encontra o sistema de saúde do Amazonas e em razão da inobservância adequada dos critérios médicos para acesso aos escassos leitos clínicos e de UTI, acabam priorizando, muitas das vezes, pacientes que não se encontram em estado avançado da doença, retirando a prioridade de pacientes extremamente graves e que necessitam de imediata transferência. Esta conclusão pode ser verificada na Nota Técnica exarada pela Coordenação de Regulação de Internação e Urgência e pela Coordenação Estadual de Regulação, constante das fls. 522: "As numerosas ordens judiciais, por mais que estejam atendendo aos melhores critérios jurídicos, estão conflitando

<sup>117</sup> Justiça suspende decisões que obrigam Amazonas a fornecer leitos a pacientes com Covid-19.

Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/02/11/justica-suspende-decisoes-que-obrigam-amazonas-a-fornecer-leitos-a-pacientes.ghtml>;

com o direito coletivo, posto que visam resguardar o direito de pessoas específicas, em detrimento da coletividade, sendo que muitas vezes, tais indivíduos não apresentam critério de gravidade clínica mais urgente do que outros indivíduos, igualmente inseridos em sistema, mas que não ajuizaram ações em seu favor”. Portanto, há um protocolo médico rigoroso, baseado em critérios científicos, estabelecido pelo estado do Amazonas para salvar o maior número de vidas humanas. Assim, inequívoco o interesse público justificador do presente pedido de extensão dos efeitos de suspensão de liminar para garantir a igualdade de tratamento e assistência médico-hospitalar todos os cidadãos amazonenses indistintamente, com a observância irrestrita da execução do Plano de Contingência Estadual para a Infecção Humana pelo SARS-COV-2 (COVID-19), criado pelo Estado do Amazonas com base em critérios médicos-científicos rigorosos para a definição das prioridades de fornecimento de leitos e transferências, evitando ações direcionadas que, além de causar prejuízos à economia e ordem públicas, podem ceifar a vida de centenas de amazonenses em estado de saúde mais grave.

(...)

Assim, na visão do desembargador Domingos Jorge Chalub Pereira, as liminares concedidas nos processos prejudicam a execução de contingenciamento pelo Governo do Estado para fornecer leitos e transferir pacientes graves para unidades de saúde de Manaus, apresentado por meio do Plano de Contingência Estadual para o enfrentamento da Pandemia de covid-19, visto que os julgadores não possuíam o conhecimento técnico necessário para decidir qual paciente precisava mais, bem como das circunstâncias que os hospitais e a fila do Sistema de Regulação encontravam-se.

### **3.O ESTADO DO AMAZONAS FRENTE À PANDEMIA**

Em que pese todo o globo enfrentar problemas com a pandemia da covid-19, o estado do Amazonas sofreu de uma forma diferente, haja vista os problemas relacionados à logística no transporte de pacientes, a questão da infraestrutura deficitária principalmente nas cidades do interior, a ausência de insumos hospitalares e material humano, dentre outras questões, foram fatores decisivos para a grave crise de oxigênio ocorrida em janeiro de 2021.

Assim, o Amazonas foi repentinamente sobrecarregado por essas requisições, visto o aumento drástico de casos de covid-19, chegando a triplicar em 24 horas e, por



consequente, colapsando o sistema de saúde do Estado, no sentido de que não havia oxigênio para os pacientes<sup>118</sup>, leitos clínicos e de terapia intensiva<sup>119</sup> e demais insumos.

Em consequência, houve a superlotação dos hospitais, bem como uma grande requisição pelos leitos de Unidade de Terapia Intensiva e, em virtude disso, o Estado do Amazonas requisitou leitos de UTI da rede privada<sup>120</sup>, por meio de requisição administrativa.

A referida requisição é um instrumento previsto no artigo 5º, XXV, da CF/88<sup>121</sup>, onde informa que o Poder Público pode utilizar temporariamente bens privados em caso de iminente perigo público, com base no princípio da supremacia do interesse coletivo. Além disso, a Lei 13.979/2020, em seu artigo 3º, VII<sup>122</sup>, destaca a requisição administrativa como medida de enfrentamento ao coronavírus.

Devido a superlotação dos hospitais, era necessária uma triagem dos pacientes, a fim de identificar os casos mais graves e, posteriormente, priorizá-los na fila de solicitação de leitos de UTI. Essa triagem era realizada pela equipe médica do Complexo Regulador da Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas, conforme o Plano de Contingência Estadual para enfrentamento da pandemia de covid-19 do Amazonas<sup>123</sup>, com o objetivo de respeitar o princípio da igualdade de direitos e equidade do SUS.

Assim, com o caos instaurado, em um mês o Poder Judiciário Estadual do Amazonas já tinha proferido mais 100 decisões relacionadas à covid-19, conforme pesquisa realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM)<sup>124</sup>. Assim, com os dados

---

<sup>118</sup> Falta de oxigênio causa mortes e revela colapso em Manaus, que já soma mais de quatro mil mortes em 2021. Disponível em: <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/50926>

<sup>119</sup> Amazonas sofre com falta de leitos para covid; crianças são preocupação... Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/01/09/amazonas-sofre-com-falta-de-leitos-para-covid-criancas-sao-preocupacao.htm?cmpid=copiaecola>

<sup>120</sup> SES-AM requisita leitos clínicos e de UTI da rede privada de Manaus. Disponível em: <http://www.saude.am.gov.br/visualizar-noticia.php?id=6060>;

<sup>121</sup> Art. 5º, XXV, da CF/88 - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

<sup>122</sup> Lei 13.979/2020, art. 3º, VII - requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa;

<sup>123</sup> Plano de Contingência Estadual para enfrentamento da pandemia de Covid-19 do Amazonas. Página 80. Disponível em: [http://www.saude.am.gov.br/docs/covid19/PLANO\\_COVID19\\_21\\_04\\_21\\_PRELIMINAR.pdf](http://www.saude.am.gov.br/docs/covid19/PLANO_COVID19_21_04_21_PRELIMINAR.pdf);

<sup>124</sup> Magistrados do TJAM já proferiram mais de 150 decisões em processos relacionados à pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/2749-magistrados-do-tjam-ja-proferiram-mais-de-150-decisoes-em-processos-relacionados-a-pandemia-de-covid-19>

alarmantes adquiridos em janeiro de 2021, foi que o judiciário amazonense passou a ponderar sobre a importância de indeferir os pedidos de particulares em favor da coletividade, posto que não havia leitos para todos.

Portanto, para que não fossem os julgadores responsáveis por quem vive e quem morre, os já mencionados autos de nº 4000221-92.2021.8.01.0000 colocaram fim à matéria ao decidir que era o Estado o responsável adequado para administrar os pedidos de leitos de UTI, passando o judiciário a ter uma postura mais cautelosa em relação a pedidos de natureza hospitalar.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito, enquanto ferramenta, é utilizado para chegar aos fins desejados de determinada pessoa ou grupo. Contudo, sempre os interesses da coletividade devem sobrepor os da individualidade e tal premissa ficou em destaque durante o período analisado de pandemia analisado.

Se a Constituição Federal, no caput de seu art. 5º, garante a todo brasileiro e estrangeiro residente no país o “direito à vida”, o que ficou demonstrado foi que a vida já não era tão relevante, mas a mera sobrevivência já era motivo de júbilo. Este termo é o único que pode aqui ser utilizado visto que o meio encontrado, para muitos, de continuar vivo foi judicializando suas demandas.

Assim, observa-se que inicialmente o judiciário amazonense não analisou as capacidades do Estado do Amazonas, tampouco levou em consideração a reserva do possível, pois deferiu diversas decisões concedendo leitos de UTI, mesmo após serem informados que era realizado uma triagem dos pacientes, verificando suas situações clínicas e ordenando-os conforme a gravidade.

Em virtude disso, diversos pacientes “furavam a fila”, enquanto aqueles que não possuíam os meios de acesso ao judiciário acabavam falecendo aguardando um leito, visto que essas decisões não seguiam parâmetros isonômicos, pois os enfermos que conseguiram liminares a seu favor tinham prioridade. Sendo assim, o Estado do Amazonas tinha duas filas para os leitos de UTI: a dos pacientes que ajuizaram ação e a dos que aguardavam sua vez.

Desta feita, a ferramenta que deveria auxiliar o povo em tão delicado momento acabou por atrapalhar o plano de contingência do Estado, onde informava todo o processo para a entrada no sistema que regulava as situações dos leitos.

Vale ressaltar que a estrutura no âmbito da saúde no Amazonas é escassa, principalmente no interior, onde pessoas acabam falecendo por doenças tratáveis unicamente pela falta de itens básicos de saúde facilmente adquiridos na capital. Os Órgãos de controle devem aumentar sua presença, com o objetivo de fiscalizar o acesso à saúde e garantindo-o enquanto direito.

Assim sendo, o diálogo entre judiciário e governo do Estado, por meio das secretarias, foi fator decisivo para o alinhamento no combate à covid-19 e melhor gerenciamento da crise então instaurada.

## REFERÊNCIAS

Amazonas sofre com falta de leitos para covid; crianças são preocupação. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/01/09/amazonas-sofre-com-falta-de-leitos-para-covid-criancas-sao-preocupacao.html>

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)

BRITO, Larissa Souza; AQUINO, Rodrigo Pelet Nascimento; FARIA, Luíza Cristina de Castro. A JUDICIALIZAÇÃO COMO VIA DE ACESSO À SAÚDE: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL EM BUSCA DE LEITOS DE UTI DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19. Revista Projeção, Direito e Sociedade, [s. l], v. 12, n. 1, p. 10-27, 2021. Universidade de Sao Paulo, Agencia USP de Gestao da Informacao Academica (AGUIA). <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.rdisan.2021.170717>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O impacto da covid-19 no poder judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/o-impacto-da-covid-19-no-poder-judiciario-final-30032022.pdf>

CORREA, Diana Alina Cordeiro. Judicialização da saúde em tempos de pandemia da COVID-19: uma análise dos casos envolvendo a disponibilização de leitos de UTI no TJSC. 2021. 74 f. TCC - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2021.

Covid em Manaus: sem oxigênio, pacientes dependem de ventilação manual para sobreviver em Manaus. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55674229>

DALLARI, Sueli Gandolfi. O DIREITO À SAÚDE: DALLARI, S. G. O direito à saúde. Rev. Saúde públ., S. Paulo, 22:57-63, 1988.. Revista de Saúde Pública de São Paulo, São Paulo, p. 57-63, 14 out. 1987.

Desigualdade no acesso à Justiça é 50 vezes maior do que na educação. Disponível em: <https://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/118687019/desigualdade-no-acesso-a-justica-e-50-vezes-maior-do-que-na-educacao>;

Falta de oxigênio causa mortes e revela colapso em Manaus, que já soma mais de quatro mil mortes em 2021. Disponível em: <https://informe.ensp.fiocruz.br/noticias/50926>

FREITAS, Riva Sobrado de; VECCHIA, Felipe Dalla. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Judicialização; saúde; constituição, [s. l.], 30 abr. 2010. DOI <https://doi.org/10.5902/198136947046>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7046/4260>. Acesso em: 22 jun. 2022.

Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas. Boletim diário covid-19 no amazonas, 19/01/2021. Disponível em: [https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/19\\_01\\_21\\_BOLETIM\\_DIARIO\\_DE\\_CASOS\\_COVID-19.pdf](https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/19_01_21_BOLETIM_DIARIO_DE_CASOS_COVID-19.pdf)

Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas. Boletim diário covid-19 no amazonas, 20/01/2021. Disponível em: [https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/20\\_01\\_21\\_BOLETIM\\_DIARIO\\_DE\\_CASOS\\_COVID-19.pdf](https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/20_01_21_BOLETIM_DIARIO_DE_CASOS_COVID-19.pdf)

Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas. Boletim diário covid-19 no amazonas, 20/01/2021. Disponível em: [https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/20\\_01\\_21\\_BOLETIM\\_DIARIO\\_DE\\_CASOS\\_COVID-19.pdf](https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/20_01_21_BOLETIM_DIARIO_DE_CASOS_COVID-19.pdf)

Fundação de Vigilância em Saúde do Amazonas. Boletim diário covid-19 no amazonas, 19/01/2021. Disponível em: [https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/19\\_01\\_21\\_BOLETIM\\_DIARIO\\_DE\\_CASOS\\_COVID-19.pdf](https://www.fvs.am.gov.br/media/publicacao/19_01_21_BOLETIM_DIARIO_DE_CASOS_COVID-19.pdf)

Governo do Estado do Amazonas. Plano de Contingência Estadual para o enfrentamento da Pandemia de Covid-19. Manaus, Amazonas, 2021. Disponível em: [http://www.saude.am.gov.br/docs/covid19/PLANO\\_COVID19\\_21\\_04\\_21\\_PRELIMINAR.pdf](http://www.saude.am.gov.br/docs/covid19/PLANO_COVID19_21_04_21_PRELIMINAR.pdf). Acesso em: 23/06/2022.

JULIANO, Iraildes Andrade; SIMÕES, Aliana Ferreira de Souza; SOUZA, Luis Eugênio Portela Fernandes de. Judicialização da saúde e pandemia de covid-19: novos desafios para os sistemas de saúde e de justiça. *Revista de Direito Sanitário*.

Justiça suspende decisões que obrigam Amazonas a fornecer leitos a pacientes com Covid-19. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/02/11/justica-suspende-decisoes-que-obrigam-amazonas-a-fornecer-leitos-a-pacientes.ghtml>

Magistrados do TJAM já proferiram mais de 150 decisões em processos relacionados à pandemia de covid-19. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php/menu/sala-de-imprensa/2749-magistrados-do-tjam-ja-proferiram-mais-de-150-decisoes-em-processos-relacionados-a-pandemia-de-covid-19>

Ministério Da Saúde, Organização Pan-Americana Da Saúde. Sistema de Planejamento do SUS (PlanejaSUS): uma construção coletiva – trajetória e orientações de operacionalização, Brasília, Distrito Federal, 2009.

MPF pede explicações sobre leitos ociosos em hospitais militares em meio à crise de COVID em Manaus. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,mpf-pede-explicacoes-sobre-leitos-ociosos-em-hospitais-militares-em-meio-a-crise-da-covid-em-manaus,70003614792>

No Amazonas, parentes de doentes enfrentam filas para comprar cilindro de oxigênio. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/01/15/no-amazonas-parentes-de-doentes-enfrentam-filas-para-comprar-cilindro-de-oxigenio.ghtml>

Organização das Nações Unidas, **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>

Prefeitura de Manaus instala câmaras frigoríficas no Cemitério do Tarumã. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/14/prefeitura-de-manaus-instala-camaras-frigorificas-em-cemiterio-publico.ghtml>.

Sarlet, I. W., & Figueiredo, M. F. (2007). Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 1(1), 171–213. <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>

SES-AM instala última câmara fria no Hospital e Pronto-Socorro Platão Araújo. Disponível em: <http://saude.am.gov.br/visualizar-noticia.php?id=5554>

SES-AM requisita leitos clínicos e de UTI da rede privada de Manaus. Disponível em: <http://www.saude.am.gov.br/visualizar-noticia.php?id=6060>

Sistema de saúde do Amazonas entra em colapso com pandemia de coronavírus.  
Disponível em: <https://exame.com/brasil/sistema-de-saude-do-amazonas-entra-em-colapso-com-pandemia-de-coronavirus/>

SLAIBI, Arthur Lavigne Gesteira. Uma crítica à linguagem jurídica: acesso, técnica, violência e efetividade. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/USER/Downloads/4810-18377-1-PB.pdf>

SPA do Alvorada, em Manaus, fecha as portas após atingir capacidade de atendimento.  
Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/14/spa-do-alvorada-em-manaus-fecha-as-portas-apos-atingir-capacidade-de-atendimento.ghtml>

STF - RE: 393175 RS, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 01/02/2006, Data de Publicação: DJ 16/02/2006 PP-00054 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 163-166. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14784469/recurso-extraordinario-re-393175-rs-stf>. Acesso em 02/08 às 18:57h



## O CABIMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA NA JUSTIÇA DESPORTIVA: A LIMITAÇÃO DA EFICÁCIA DA MEDIDA INOMINADA PARA FINS DE INIBIÇÃO E REMOÇÃO DO ILÍCITO SOB O OLHAR DO CULTURALISMO E A TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO DE MIGUEL REALE.

**FERNANDA CRISTINA SANTOS SOARES:**

Advogada desportiva. Internacionalista. Especialista em Negócios no Esporte e Direito Desportivo. Especialista em Direito, Logística e Negócios Internacionais. Mestranda em Direito Desportivo. Procuradora no Tribunal de Justiça Desportiva de Minas Gerais.

**Resumo:** O artigo demonstra a necessidade do cabimento de uma tutela que tenha o condão de inibir/ remover o ilícito na Justiça Desportiva, sob o olhar do culturalismo e da Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. O artigo aborda as situações nas quais os procedimentos previstos no CBJD, a depender da circunstância, podem deixar de tutelar o direito do jurisdicionado desportivo. Argumenta-se que, frente à conduta contrária à norma, há ameaça à fruição do direito in natura. Trata-se do direito ao esporte, em especial (quando refere-se à Justiça Desportiva) ao esporte de rendimento. É direito do jurisdicionado desportivo a fruição do direito in natura do esporte de rendimento por meio, por exemplo, da existência de uma Justiça Desportiva que efetivamente tutele o esporte, garantindo a lisura no esporte de rendimento e a estabilidade das competições. Argumenta-se que a Medida Inominada - procedimento especial previsto no artigo 119 do CBJD a ser utilizado quando ao jurisdicionado desportivo não restam alternativas processuais previstas no código para a busca do seu direito – pode mostrar-se insuficiente para a proteção do direito in natura ao esporte (em especial, quando refere-se à Justiça Desportiva, ao esporte de rendimento). Para sustentar o argumento, esse artigo inicia com uma breve exposição sobre a tutela inibitória, respaldada principalmente nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, autor precursor da tutela inibitória no Brasil. Passa-se a fazer uma necessária distinção entre ato ilícito e dano para fins de esclarecimento acerca da necessidade da tutela inibitória na Justiça Desportiva. Adicionalmente, o artigo discute a fruição do direito ao esporte in natura sob a perspectiva da prática desportiva como direito fundamental e, finalmente, detalha-se o argumento sobre os limites da Medida Inominada para a inibição e remoção do ilícito na Justiça Desportiva. Tudo isso respaldado no olhar de Miguel Reale sobre o qual o Direito sempre está atrasado; a sociedade caminha e o Direito a acompanha, tentando contemplar as situações que ainda não foram contempladas pelo legislador. É nesse espaço que entra a hermenêutica e a visão tridimensional de Miguel Reale, de fato, norma e valor, numa dinâmica processual de mútua implicação entre essas três esferas.

**PALAVRAS-CHAVE:** direitos fundamentais, esporte, tutela, ilícito, dano, direito in natura, Justiça Desportiva, tutela inibitória.

**Abstract:** *The article demonstrates the need for a guardianship that has the power to inhibit/remove illegal activities in Sports Justice, under the gaze of culturalism and Miguel Reale's Three-Dimensional Theory of Law. The article addresses situations in which the procedures provided for in the CBJD, depending on the circumstance, may no longer protect the right of the sports jurisdiction. It is argued that, in the face of conduct contrary to the norm, there is a threat to the enjoyment of the right in natura. It is about the right to sport, in particular (when referring to Sports Justice) to performance sport. It is the right of the sports jurisdiction to enjoy the in natura right of performance sports through, for example, the existence of a Sports Justice that effectively protects the sport, guaranteeing fairness in performance sports and the stability of competitions. It is argued that the Innominate Measure - special procedure provided for in article 119 of the CBJD to be used when the sports court has no procedural alternatives provided for in the code for the pursuit of its right - may prove insufficient for the protection of the in natura right to sport (especially when referring to Sports Justice, performance sport). To support the argument, this article begins with a brief exposition on the injunction, based mainly on the teachings of Luiz Guilherme Marinoni, precursor author of the injunction in Brazil. A necessary distinction is made between tort and damage for the purpose of clarifying the need for injunction in Sports Justice. Additionally, the article discusses the enjoyment of the right to sport in natura from the perspective of sports practice as a fundamental right and, finally, the argument about the limits of the Innominate Measure for the inhibition and removal of illegal activities in Sports Justice is detailed. All this supported by the look of Miguel Reale about which Law is always late; society walks and the Law follows it, trying to contemplate situations that have not yet been contemplated by the legislator. It is in this space that Miguel Reale's hermeneutics and three-dimensional vision enter, in fact, norm and value, in a procedural dynamic of mutual implication between these three spheres.*

**KEYWORDS:** *fundamental rights, sport, guardianship, tort, damage, in natura law, Sports Justice, injunction.*

## 1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 consagrou o esporte como direito fundamental; na esteira da formação de um Estado Social de Direito, a Constituição exprime a assunção da garantia de diversos direitos sociais, dentre eles o esporte.

O Estado moderno, ao tomar para si a garantia de certos direitos, também assume a responsabilidade de garantir a tutela efetiva de tais direitos, por meio do provimento processual adequado. É nessa linha que surge a necessidade da tutela inibitória, uma tutela

que inibe a prática do ato contrário ao direito, uma conduta ilícita, ainda que desta conduta não se origine um dano. Trata-se, pois, da tutela da norma.

A Justiça Desportiva, consagrada pela Constituição Federal no artigo 217, tem a função de tutelar o esporte, por meio de um sistema disciplinar organizado, com competência para julgar conflitos relativos à disciplina e às competições desportivas. O Código Brasileiro de Justiça Desportiva (“CBJD”) estabelece regras do processo desportivo, delimitando o rito processual a ser seguido pelos jurisdicionados da Justiça Desportiva.

De fato, o procedimento sumário e os procedimentos especiais previstos no CBJD englobam a maior parte das situações ocorridas no meio desportivo, cuja competência para dirimir conflitos recai sobre a Justiça Desportiva. Esse artigo aborda justamente as situações nas quais os procedimentos previstos no CBJD, a depender da circunstância, podem deixar de tutelar o direito do jurisdicionado desportivo.

São situações nas quais há a prática de um ato ilícito (portanto contrário à norma), mas não há dano. Frente à tais situações, argumenta-se que a Medida Inominada - procedimento especial previsto no artigo 119 do CBJD a ser utilizado quando ao jurisdicionado desportivo não restam alternativas processuais previstas no código para a busca do seu direito – pode mostrar-se insuficiente para a proteção do direito in natura ao esporte (em especial, quando refere-se à Justiça Desportiva, ao esporte de rendimento).

Para sustentar o argumento, esse artigo inicia com uma breve exposição sobre a tutela inibitória, respaldada principalmente nos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, autor precursor da tutela inibitória no Brasil. Passa-se a fazer uma necessária distinção entre ato ilícito e dano para fins de esclarecimento acerca da necessidade da tutela inibitória na Justiça Desportiva. Adicionalmente, o artigo discute a fruição do direito ao esporte in natura sob a perspectiva da prática desportiva como direito fundamental e, finalmente, detalha-se o argumento sobre os limites da Medida Inominada para a inibição e remoção do ilícito na Justiça Desportiva.

Tudo isso respaldado no olhar de Miguel Reale sobre o qual Direito sempre está atrasado; a sociedade caminha e o Direito a acompanha, tentando contemplar as situações que ainda não foram contempladas pelo legislador. É nesse espaço que entra a hermenêutica e a visão tridimensional de Miguel Reale, de fato, norma e valor, numa dinâmica processual de mútua implicação entre essas três esferas.

## **2. A tutela inibitória**

Luiz Guilherme Marinoni afirma que existe um dogma de origem romana no sentido de entender que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito<sup>125</sup>. Ilícitude e responsabilidade civil foram duas categorias unificadas ainda no direito romano; tal entendimento percorre a história do direito, inclusive a do direito processual, sem que a doutrina o questionasse muito, inclusive identificando ilícito com o ressarcimento em dinheiro.

Nesse sentido, para explicar o fenômeno da unificação entre ilícito, fato danoso e ressarcimento em dinheiro e como isso repercutiu no processo, Marinoni considera a questão a partir do direito liberal clássico. O pensamento vigente na época admitia a existência de uma equivalência das mercadorias, o que levava ao entendimento de que o objeto da lide era sempre uma “coisa” que possuía um valor de troca. Uma vez que a lesão ao direito era passível de aferição em dinheiro, o direito liberal clássico trabalhava com a ideia de que os direitos poderiam ser sempre tutelados por meio do ressarcimento em dinheiro.

Assim, na lógica do liberalismo do século XIX, se os bens são sempre equivalentes, não haveria qualquer necessidade de uma tutela diferenciada; a transformação do bem em dinheiro estaria de acordo com a lógica do sistema. Dessa forma, afirma Marinoni que *“se o magistrado não podia dar tratamento distinto às necessidades sociais, era natural que se unificasse a forma de tratamento e que se desse ao lesado uma quantia em dinheiro a título de reparação”*. E continua o autor:

Se todos são iguais – e essa igualdade deve ser preservada inclusive no plano do contrato –, não há razão para admitir uma intervenção judicial mais incisiva diante do inadimplemento para a obtenção da prestação in natura. Se o princípio da igualdade formal atua da mesma forma diante do contrato e do processo, bastaria ao juiz conferir ao lesado a tutela pecuniária. A sanção pecuniária teria a função de igualizar os bens e as necessidades, pois se tudo é igual, inclusive os bens – os quais podem ser transformados em dinheiro – não existiria motivo para pensar em tutela jurisdicional específica<sup>126</sup>.

O princípio da igualdade formal ao qual Marinoni se refere era, pela lógica do sistema liberal clássico, necessário para a manutenção da liberdade e do funcionamento

---

<sup>125</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Pág. 13.

<sup>126</sup> Idem, pg.14.

do mercado. De tal sorte que, a partir de tal lógica, não haveria razões para pensar em uma forma de tutela que levasse em conta certos interesses sociais ou de uma técnica processual que pudesse ensejar um tratamento diferenciado para situações sociais diferentes ou posições sociais específicas.

Nesse cenário, portanto, a tutela ressarcitória era suficiente para atender aos anseios do cidadão que buscava no judiciário a tutela dos seus direitos, já que a tutela ressarcitória não leva em conta as necessidades e espécies diferentes de bens. Tal tutela mantém o funcionamento do mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal e ignora as características e as necessidades socialmente diversas.

Só faz sentido pensar em uma tutela preventiva ou em uma tutela contra o ilícito no contexto de um Estado que prevê a proteção de direitos que não podem ser reduzidos à pecúnia, ou seja, cuja fruição depende do próprio reconhecimento do Estado sobre a natureza de tais direitos.

Não era o caso do pensamento liberal clássico, que entendia direitos fundamentais como direitos de defesa contra o Estado. A preocupação do Estado liberal era a defesa da liberdade contra eventuais agressões da autoridade Estatal e não com as diferentes necessidades sociais das pessoas. É por esse motivo que destaca Marinoni que a confusão entre tutela contra o ilícito e tutela ressarcitória pelo equivalente tem raízes na monetização dos direitos<sup>127</sup>, que era acentuada pelos valores do Estado liberal clássico em que o equivalente em dinheiro, sem colocar em risco a liberdade, mantinha em funcionamento os mecanismos do mercado.

Esse cenário começa a mudar quando o Estado passa a assumir para si a proteção dos direitos fundamentais de forma distinta, passando, assim, a reconhecer que, pela natureza de certos direitos, sua fruição in natura necessitava de uma tutela específica.

Assim, a medida em que o Estado assume novas preocupações sociais, tais como a proteção do meio ambiente, da saúde, da posição do consumidor e o fomento do esporte, são editadas normas que, para proteger tais direitos, impõem condutas positivas e negativas.

É esta a função primária do Direito, na visão de Miguel Reale. Para a corrente culturalista e para o autor (que, a despeito de o pensamento não poder ser encaixado em uma única corrente, certamente a vertente culturalista é forte nos escritos do autor), a visão do positivismo sobre a função do Direito, no sentido de atribuir a este somente a questão da garantia da segurança jurídica é limitada. De acordo com Miguel Reale, o Direito, além de se prestar à garantia da segurança jurídica (e, portanto, a garantia das expectativas de

---

127 Idem. Pág.25

comportamento das pessoas), a função primária do Direito seria a de instituir valores na sociedade; atribuir como correto determinado valor que uma cultura considera como "melhor" e instituí-lo, tornando-o obrigatório por meio das normas jurídicas<sup>128</sup>.

Para que as normas que objetivam a proteção desses direitos sociais sejam realizadas, ou seja, para que as normas efetivamente protejam esses direitos, há a necessidade de uma tutela contra o ato contrário ao direito, ou seja, uma tutela da norma. Trata-se, portanto, de uma tutela que inibe a violação da norma ou remove os efeitos concretos que vieram da sua violação, o que nada mais é do que a estruturação do processo ao ordenamento jurídico atual que se propôs a proteger determinados bens mediante a imposição de certas condutas.

Prevê o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*<sup>129</sup>". Tal ditame constitucional é a base do direito fundamental de ação, um direito que ultrapassa o simples direito de uma sentença de mérito. Como nos ensina Cássio Scarpinella Bueno, o direito de acesso à justiça é o direito que deve garantir a tutela efetiva de todos os demais direitos<sup>130</sup>.

Marinoni destaca que a própria corte constitucional italiana já afirmou que o direito a tutela jurisdicional está entre os princípios supremos do ordenamento constitucional, que deve assegurar a todos e sempre, em conexão com o próprio princípio democrático, o juiz natural e a tutela jurisdicional efetiva.

Não ter essa tutela jurisdicional efetiva, ressalta Humberto Theodoro Júnior, transforma os direitos garantidos pela CF em "meras declarações políticas<sup>131</sup>". E, continua o autor: "*o direito de acesso à justiça garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer o*

---

128 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2016. ISBN: 9788502041479

129 BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

130 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

131 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum* / 60. ed. – [2.Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.



*direito material e, por consequência, o direito à técnica processual capaz de viabilizar essa tutela jurisdicional”.*

Nesse sentido, quando o mencionado artigo 5º, inciso XXXV refere-se a “ameaça a direito”, o ditame garante a possibilidade de qualquer pessoa requerer a tutela inibitória. Ou seja, há direito constitucional à tutela jurisdicional capaz de inibir a violação de um direito, mesmo que esta violação ainda não tenha ocorrido e mesmo que não tenha se configurado dano nem o perigo de dano, já que não se fala em dano na tutela inibitória.

João Batista Lopes, nessa linha, afirma que o disposto no artigo 5º, inciso XXXV já seria suficiente para admitir o cabimento da tutela inibitória. De acordo com o autor:

A tutela inibitória é uma técnica especial e refinada cujo escopo é impedir a prática do ilícito ou, se este já foi praticado, obstar sua continuidade. Ao contrário da tutela ressarcitória, que se refere ao passado – o autor vai a juízo para pleitear indenização por dano já consumado – a tutela inibitória volta-se ao futuro uma vez que se reveste de caráter preventivo. A Constituição dispõe, no artigo 5º, inciso XXXV, que 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'. Seria suficiente, pois, essa norma para que se admitisse a tutela inibitória, mas o legislador processual se preocupou em contemplá-la expressamente, ainda que fora da sede própria (CPC, artigo 497, parágrafo único). Ao contrário do que muitos supõem, porém, a tutela inibitória não é uma novidade ou, antes, é uma 'antiga novidade'. Sua admissibilidade ressaltava clara, por exemplo, do interdito proibitório disciplinado no CPC revogado<sup>132</sup>.

Não obstante a indicação de João Batista Lopes sobre o cabimento da tutela inibitória sustentado no texto da Constituição Federal, o Código de Processo Civil de 2015 a prevê no artigo 497, *in verbis*:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela

---

132 LOPES, João Batista, LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Tutela inibitória*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/164/edicao-1/tutela-inibitoria>

específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Como João Batista Lopes afirma na citação acima, o referido artigo 497 não trouxe uma completa novidade já que a tutela inibitória já era admissível no interdito proibitório. De fato, o que redação do parágrafo único do artigo 497 traz de novidade é a inclusão do ilícito como elemento qualificador da necessidade de inibição, a descrição mais clara das modalidades da tutela inibitória ao mencionar a inibição da prática, a reiteração ou a continuação de um ato ilícito, e finalmente, deixa clara a desnecessidade de demonstrar o dano, a culpa e o dolo.

Assim, o fundamento da tutela inibitória é o direito à tutela contra ato contrário ao direito, ou, dito de outro modo, o direito à tutela que faça valer a norma de direito; a fruição do direito in natura. O direito à tutela inibitória vem da mera existência do direito material, especialmente daqueles direitos de conteúdo não patrimonial.

Edson Antônio Sousa Pinto e Daniela Lopes de Faria conceituam assim a tutela inibitória, fundamentados nos estudos de Sérgio Cruz Arenhart:

A tutela inibitória pode ser conceituada como um provimento jurisdicional que visa **impedir a prática, a continuação, ou a repetição de um ato ilícito** (ou antijurídico), possibilitando de forma definitiva, por meio de cognição exauriente, a fruição in natura do direito do autor da ação – de acordo com o direito substancial previsto no ordenamento jurídico. É, em outras palavras, tutela adquirida pelo titular do direito por meio de processo de conhecimento voltado para o futuro, requerendo ao réu o cumprimento de uma obrigação de fazer (inibitória positiva) ou de não fazer (inibitória negativa), sob pena de imputação de multa ou outras medidas necessárias que garantam o resultado prático

equivalente – ou seja, a inibição do ato ilícito (e não do dano)<sup>133</sup>.  
(*Grifo nosso*)

### 3. O Culturalismo Jurídico e a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale

O culturalismo jurídico é um modelo explicativo do direito pensado, inicialmente, em oposição ao positivismo jurídico. O positivismo jurídico é o modelo que explica o direito essencialmente a partir da forma, e tem como grande protagonista Hans Kelsen.

O culturalismo entende o Direito enquanto um fenômeno cultural. E quando se concebe o Direito como parte do reino da cultura, enquanto fenômeno cultural, é necessário tentar trazer uma definição do que seria cultura. Miguel Reale abordar essa questão na obra "Cinco Temas do Culturalismo" dizendo que "*cultura é tudo aquilo que é produzido pelo homem e tem significado, faz sentido, para o homem. Cultura é tudo aquilo que resulta numa projeção do espírito humano*<sup>134</sup>". E continua o autor

A cultura, portanto, deve ser entendida como processo histórico e constitui-se graças a seleções que o homem realiza na história. A axiologia não pode ser desvinculada do processo histórico. O "ser" do homem é essencialmente histórico e é essa historicidade que está no âmago do processo cultural. O homem servindo-se das leis naturais criou um segundo mundo sobre o mundo dado: o mundo histórico, o mundo cultural. Isto porque, o homem é um ser livre e dotado de poder de síntese, que lhe permite reunir os elementos dispersos da experiência.

O Direito, como manifestação imaterial da cultura, segue os rumos desta. A cultura muda, o direito vai mudar também. Como se o direito fosse um acessório da evolução das discussões culturais. Para compreender o Direito, portanto, é preciso compreender os valores que constituem determinada sociedade. A função primária do Direito, na visão culturalista, é instituir valores na sociedade. Atribuir como correto determinado valor que uma cultura considera como melhor, e instituí-lo, torna-lo obrigatório por meio das normas jurídicas. Nessa esteira, para o culturalismo, o direito se compreende lastreado no mundo da cultura; é resultado de uma processualidade histórica.

---

133 SOUSA PINTO, Edson Antônio; FARIA, Daniela Lopes de. *A Tutela Inibitória e Seus Fundamentos no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Volume 252/2016. Pág. 303-318. Fevereiro/2016. DTR/2016/217.

134 REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. São Paulo. Saraiva, 2002.

Essa concepção e olhar sobre valores que o culturalismo traz permeia a Teoria Tridimensional do Direito de Miguel Reale. Para o autor, Direito é norma, valor e fato. A compreensão plena do Direito demanda a análise dessas três camadas, ou três dimensões.

A crítica que Miguel Reale faz ao positivismo de Hans Kelsen e a outras compreensões filosóficas do Direito que analisam a dimensão da justiça, às teorias que analisam a história do direito e às teorias que a analisam a dimensão sociológica do direito é de que tais vertentes teóricas, que os autores dessas fornecem uma descrição correta do Direito, porém incompleta. Nesse sentido, a grande contribuição de Miguel Reale é dizer que o principal problema desses autores foi ter descrito apenas uma das dimensões do direito. Para o autor:

(...)o Direito não é só norma, como quer Kelsen; Direito não é só fato, como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque Direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o Direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito Natural tomista, por exemplo, porque o Direito ao mesmo tempo é norma, é fato, é valor. (...) o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores<sup>135</sup>.

Assim, para o autor, uma esfera implica a existência de outra; não há como falar de uma esfera sem tratar das demais. De tal sorte que, ao falar do fato, deve-se falar da norma e do valor, assim numa interação entre as três<sup>136</sup>. Não bastaria, portanto, aglutinar norma, valor e fato para obter uma definição. Para Reale, é preciso promover a interação adequada entre esses 3 elementos.

Nesse sentido, propõe o autor a chamada dialética de integração (ou de complementariedade). A dialética é composta de três etapas: tese, antítese e síntese. Da contradição entre duas teses opostas (da tese e antítese) é criada uma terceira tese, a síntese. Assim, para haver dialética, é necessário contradição e negatividade entre tese e antítese, para assim gerar uma síntese.

É possível atribuir à ideia da dialética na compreensão da tridimensionalidade de Miguel Reale. A partir de uma interação entre fato e valor, gera-se a norma. Portanto, o

---

<sup>135</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>136</sup> REALE, Miguel. *Fundamentos da concepção tridimensional do direito*. In: Revista Brasileira de Filosofia, vol. X, fasc. IV, out.-dez. 1960.

Direito se dá a partir da relação entre essas três dimensões: fática, valorativa axiológica e a normativa. Nos ensina o autor:

Há uma correlação permanente progressiva entre 2 ou mais termos (fato, valor e norma), os quais não podem ser compreendidos separados um dos outros, sendo ao mesmo tempo irreduzíveis uns aos outros. Tais elementos distintos ou opostos da relação, por outro lado, só tem plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e dessa unidade participam<sup>137</sup>.

Na dialética nada permanece estático, imóvel; tudo está em movimento. Então, a partir do choque de teses opostas, surgem movimentos sucessivos. É por isso que o pensamento de Miguel Reale é de uma processualidade histórica; é assim que o autor analisa o Direito, e não a partir de algo imóvel e estático, mas em constante movimento. Assim, para Miguel Reale,

A integração de 3 elementos na experiência jurídica: o axiológico, o fático e o técnico formal, revela-nos a precariedade de qualquer compreensão do Direito isoladamente como fato, como valor ou como norma. E, de maneira especial, o equívoco de uma compreensão do Direito como pura forma, suscetível de albergar com total indiferença as infinitas e conflitantes possibilidades dos interesses humanos. Sendo o Direito um bem cultural, nele há sempre uma exigência axiológica atualizando-se na condicionalidade histórica, de maneira que a objetividade do vínculo jurídico está sempre ligada às circunstâncias de cada sociedade, aos processos de opção ou de preferência entre os múltiplos caminhos que se entreabrem no momento de qualquer realização de valores. Põem-se assim, no âmago da experiência jurídica a problemática do poder, que procura segurar por todos os modos, inclusive pela força física, a realização do Direito<sup>138</sup>.

#### **4. A distinção entre dano e ilícito**

Em sede de tutela inibitória não há que se falar em questionamento sobre algum resultado danoso advindo de um ato ilícito, como assinalado por Edson Antônio Sousa

---

<sup>137</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

<sup>138</sup> REALE, Miguel. *Fundamentos da concepção tridimensional do direito*. In: Revista Brasileira de Filosofia, vol. X, fasc. IV, out.-dez. 1960.

Pinto e Daniela Lopes de Faria no conceito reproduzido no tópico anterior. Marcelo Abelha ressalta que a tarefa de distinção entre dano e ilícito não é tão fácil porque o próprio Código Civil, no artigo 186<sup>139</sup>, vincula ilícito com dano pra fins de responsabilidade civil e leva a crer que dano e ilícito só poderiam ser tutelados de forma indenizatória<sup>140</sup>. O mesmo autor afirma que o dano não é consequência natural do ato ilícito e que também é possível haver dano sem a ocorrência de ilícito; reitera o autor que não há uma regra no ordenamento jurídico que impeça a tutela do ilícito de forma autônoma, pelo contrário.

Alexandre Freitas Câmara também pontua a dificuldade de obter-se uma diferenciação entre dano e ilícito partindo apenas de uma análise do referido artigo 186 do Código Civil. Para o autor:

[...] o artigo 186 do CC estabelece que '[a]quele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito'. Da leitura desse texto normativo, fica a impressão – equivocada, diga-se desde logo – que só comete ato ilícito quem, agindo culposamente, causa dano a outrem. Isso, porém, não é correto. [...] Ocorre que na demanda inibitória o objeto do processo não é o reconhecimento da obrigação de indenizar. O que se busca é, tão somente, uma decisão destinada a inibir a prática do ato. Por isso, é absolutamente irrelevante saber se o demandado agiu culposamente ou se algum dano foi – ou está na iminência de ser – produzido. Estas questões poderão ser relevantes em outro processo, no qual se busque alguma indenização. Não, porém, no processo cujo objeto é a tutela inibitória. Neste, basta a demonstração de que se está na iminência da prática de um ato ilícito (contrário ao Direito), ou que este é um ato de duração prolongada no tempo e que está sendo praticado, para que se profira decisão que determine a abstenção de sua prática ou que ele não seja reiterado ou que não continue a ser praticado<sup>141</sup>.

---

139 Art. 186, Código Civil. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

140 ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.673

141 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.293-294



Marinoni destaca que o dano não é uma consequência necessária do ato ilícito. Para o autor, sustentado nos entendimentos de Aldo Frignani, o dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito. Dessa forma, se o dano não é elemento constitutivo do ilícito, podendo este existir independentemente do dano, não há razão para não se admitir uma tutela que leve em consideração apenas o ilícito, deixando de lado o dano. E continua o autor:

Perceba-se, enfim, que a possibilidade de se requerer uma tutela independentemente da existência de dano tem relação com o próprio conceito de norma jurídica, uma vez que se a única sanção contra o ilícito fosse a obrigação de ressarcir, a própria razão de ser da norma estaria comprometida. Só isso demonstra a necessidade de o processo abandonar a indevida associação entre ilícito e dano, que até hoje faz pensar que a tutela contra o ilícito futuro é tutela contra a probabilidade de dano e a tutela contra o ilícito passado é a tutela ressarcitória<sup>142</sup>.

## **5. A fruição do direito ao esporte in natura – a prática desportiva como direito fundamental**

Viu-se que a tutela inibitória visa a proteção do direito in natura. Argumenta-se neste artigo que é a tutela inibitória a ferramenta adequada, inclusive em sede de Justiça Desportiva, para garantir a proteção do direito ao esporte in natura. Tal direito é expresso na Constituição Federal, na esteira de um Estado social de direito, que toma para si a proteção de direitos sociais, o que, como vimos, não ocorre sob a lógica de um sistema liberal clássico.

O direito ao esporte é positivado na Seção III (Do Desporto) do Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), do Título (Da Ordem Social) da Constituição Federal, no artigo 217, *in verbis*:

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

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

---

<sup>142</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. Pág. 20.

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

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

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

O esporte tem papel fundamental nas sociedades desde os primórdios das nossas civilizações, evoluindo ao longo dos séculos como uma ferramenta de inclusão social. Há três modalidades de manifestação do esporte: esporte de rendimento, esporte de participação e esporte educacional. Todas as modalidades gozam de proteção do Estado como direito fundamental. É nesse sentido que discorre Luiz Alberto David Araújo:

A Constituição, no Capítulo “Da Ordem Social”, onde estão concentrados os direitos que têm por propósito o resgate da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos, prevê o direito ao desporto. Os direitos sociais objetivam a formação do ser humano integral: agente da sociedade, das relações de trabalho, construtor do mundo moderno e, ao mesmo tempo, um ser relacional, humano, que, desse modo, deve integrar sua vida com o lazer, o convívio familiar e a prática desportiva. Assim, o desporto, quer como forma de lazer, quer como parte da atividade educativa, quer ainda em caráter profissional, foi incorporado ao nosso sistema jurídico no patamar de norma constitucional<sup>143</sup>.

---

143 ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Ainda nessa esteira, nos ensina Álvaro Melo Filho:

A constitucionalização do desporto através do art. 217 da Carta Magna de 1988 teve, primacialmente, a virtude de ressaltar que as decantadas potencialidades do desporto brasileiro ganham mais consistência e força expressiva, quando é a própria Constituição que aponta diretrizes para que as atividades desportivas desenvolvam-se em clima de harmonia, de liberdade e de justiça com sentido de responsabilidade social, além de dotar o desporto nacional de instrumentos legais para, se não reduzir, pelo menos resolver desportivamente grande parte das demandas entre os atores desportivos, até porque, como dizia Voltaire “as leis do jogo são as únicas que em toda parte são justas, claras, invioláveis e executadas”<sup>144</sup>.

Na mesma esteira do texto Constitucional, o Estatuto do Torcedor (Lei Federal nº 10.671/2003), que estabelece normas de proteção e defesa do torcedor, traz ao lume jurídico diversos direitos tais como a publicidade e transparência na organização das competições administradas pelas entidades de administração do desporto, amplo acesso ao Ouvidor da Competição, a divulgação, durante a realização da partida, da renda obtida pelo pagamento de ingressos e do número de espectadores pagantes e não-pagantes, a divulgação do regulamento, as tabelas da competição e o nome do Ouvidor da Competição em até 60 (sessenta) dias antes de seu início, a garantia de que a participação das entidades de prática desportiva em competições organizadas pelas entidades de administração do desporto seja exclusivamente em virtude de critério técnico previamente definido, a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas, entre outros.

Todos estes direitos trazidos pelo Estatuto do Torcedor são normas que, ao serem violadas, impedem a fruição do direito in natura. O ilícito, o desrespeito à norma, já é um ato a ser combatido pelo Estado, mesmo que o jurisdicionado não demonstre ter sofrido qualquer dano direto, já que, como dito, a violação da norma impede a fruição do direito in natura. De tal sorte que a tutela apropriada para combater tal ilícito é a tutela inibitória.

## **6. Os limites da Medida Inominada para a inibição e remoção do ilícito na Justiça Desportiva**

---

144 MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995. Pág. 34.

A Justiça Desportiva, consagrada pelo artigo 217 da Carta Magna, tem a função de disciplinar as questões relativas à prática formal do desporto no País, por força do § 1º do referido artigo.

O Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD), publicado em 2003 pelo Conselho Nacional do Esporte (integrante do então Ministério do Esporte) através de sua Resolução n. 01, futuramente alterado em 10 de dezembro de 2009, estabelece regras delimitando o rito processual a ser seguido pelos jurisdicionados da Justiça Desportiva<sup>145</sup>, trazendo também ao ordenamento pátrio a exposição e sanção dos delitos de natureza disciplinar.

Para além do procedimento sumário, o CBJD lista os chamados procedimentos especiais. São eles:

- Transação disciplinar: inspirado na transação penal, este instrumento permite que a Procuradoria de Justiça Desportiva sugira a aplicação imediata das penas de multa, suspensão por partida e suspensão por prazo. Neste procedimento, a Procuradoria de Justiça Desportiva oferece ao suposto infrator a aplicação imediata de uma das sanções citadas, evitando-se que o processo siga seu curso natural, imprimindo ainda mais celeridade ao processo desportivo.
- Inquérito: trata-se de uma investigação preliminar conduzida quando os fatos não estão suficientemente claros para a apresentação de uma denúncia. Pode ser determinado pelo Presidente do Tribunal competente (Superior Tribunal de Justiça Desportiva ou Tribunal de Justiça Desportiva), a requerimento da Procuradoria ou da parte interessada. Caso não seja determinado pela Procuradoria, esta deve acompanhar o inquérito.
- Impugnação de partida: este procedimento é limitado a duas hipóteses: 1) modificação de resultado, e; 2) anulação da partida. Aqueles que disputaram a

---

<sup>145</sup> O Código Brasileiro de Justiça Desportiva, em seu artigo 1, §1º, lista aqueles atores que estão submetidos à Justiça Desportiva. São eles: I — as entidades nacionais e regionais de administração do desporto; II — as ligas nacionais e regionais; III — as entidades de prática desportiva, filiadas ou não às entidades de administração mencionadas nos incisos anteriores; IV — os atletas, profissionais e não profissionais; V — os árbitros, assistentes e demais membros de equipe de arbitragem; VI — as pessoas naturais que exerçam quaisquer empregos, cargos ou funções, diretivos ou não, diretamente relacionados a alguma modalidade esportiva, em entidades mencionadas neste parágrafo, como, entre outros, dirigentes, administradores, treinadores, médicos ou membros de comissão técnica; VII — todas as demais entidades compreendidas pelo Sistema Nacional do Desporto que não tenham sido mencionadas nos incisos anteriores, bem como as pessoas naturais e jurídicas que lhes forem direta ou indiretamente vinculadas, filiadas, controladas ou coligadas.

partida ou aqueles que tenham imediato e comprovado interesse no seu resultado podem promover a impugnação de partida.

- Mandado de garantia: inspirado no mandado de segurança da justiça comum, o mandado de garantia será concedido sempre que alguém sofrer (ou tiver justo receio de sofrer) violação de seu direito líquido e certo, ilegalmente ou com abuso de poder.
- Reabilitação: Após 2 anos do trânsito em julgado da decisão (ou seja, quando não mais cabem recursos), a pessoa que sofreu a pena de eliminação pode pedir reabilitação ao tribunal.
- Revisão: a revisão de processos já finalizados é admitida em três situações: 1) quando a decisão resultou de manifesto erro de fato ou de falsa prova; 2) quando a decisão tiver sido proferida contra a literalidade da lei ou evidência da prova; 3) quando, após a decisão, se descobrem provas da inocência do punido ou de atenuantes relevantes. A revisão só pode ser pedida pelo prejudicado.

Completa a lista de procedimentos especiais a Medida Inominada, objeto de maior atenção desse artigo. Tal medida é prevista no artigo 119 do CBJD, nos seguintes termos:

Art. 119. O Presidente do Tribunal (STJD ou do TJD), perante seu órgão julgante e dentro da respectiva competência, em casos excepcionais e no interesse do desporto, em ato fundamentado, poderá permitir o ajuizamento de qualquer medida não prevista neste Código, desde que requerida no prazo de três dias contados da decisão, do ato, do despacho ou da inequívoca ciência do fato, podendo conceder efeito suspensivo ou liminar quando houver fundado receio de dano irreparável, desde que se convença da verossimilhança da alegação. § 1º Recebida pelo Presidente do Tribunal (STJD ou TJD) a medida a que se refere este artigo, proceder-se-á na forma do art. 78-A. § 2º Os réus, a Procuradoria e as partes interessadas terão o prazo comum de dois dias para apresentar contra-razões, contado a partir do despacho que lhes abrir vista dos autos. § 3º Caberá recurso voluntário da decisão do Presidente do Tribunal (STJD ou TJD) que deixar de receber a medida a que se refere este artigo.

Extrai-se da redação do artigo que o uso da Medida Inominada é possível quando não houver outro caminho a seguir, ou, nas palavras de Milton Jordão, “quando a parte

necessita de um provimento judicial, contudo, não encontre forma legal própria e predefinida<sup>146</sup>”.

Assim, para que seja cabível a utilização da Medida Inominada, os seguintes critérios devem estar presentes na situação concreta:

1. Deve tratar-se de caso excepcional;
2. Deve ser requerida no prazo de três dias contados: i) da decisão; ii) do ato; iii) do despacho, ou; iv) da inequívoca ciência do fato;
3. Deve haver receio de dano irreparável para a concessão de medida liminar.

Conclui-se que, o jurisdicionado desportivo, frente a uma situação concreta que não cumpra os requisitos listados para o cabimento da Medida Inominada, não poderá de esta fazer uso. Caso tal situação tampouco se adeque aos demais procedimentos especiais listados no CBJD, o jurisdicionado desportivo não terá meios de acionar a justiça desportiva e buscar a tutela do seu direito.

Milton Jordão afirma ainda que, a despeito de tratar-se de medida sempre utilizada em face de situação imprevista no CBJD, não é raro o uso da Medida Inominada nos tribunais desportivos. O autor cita alguns casos em que a medida foi utilizada e afirma que:

Em todos eles foi imprescindível a demonstração do risco que as suas pretensões corriam caso, ainda em sede liminar, fosse suspensa uma agremiação do certame, ou decretada a perda de mando de campo ou determinado a chancela de condições de jogo para atleta, enfim, deve restar sobejamente evidenciado que a delonga em ser proferido provimento cautelar implique em irreparável dano<sup>147</sup>.

A interessante contribuição do autor nos alerta para o fato de que o uso da Medida Inominada na prática forense desportiva envolve a necessária demonstração de risco de dano e, mais importante, a desnecessidade de ocorrência de ato ilícito. Ou seja, a Medida Inominada - instituto utilizado quando não há alternativa processual ao jurisdicionado desportivo - não atende a situações nas quais há a ocorrência de ato ilícito sem que haja dano.

---

<sup>146</sup> GRADELA, Paulo Cesar. BRACKS, Paulo. JORDÃO, Milton. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva CBJD: Comentários à Resolução CNE 29, de 10.12.2009*. Ed. Juruá. São Paulo, 2009. Pág.138.

<sup>147</sup> Idem, pág. 139.



A título exemplificativo, imagine-se a situação na qual o presidente de uma entidade de prática desportiva exerce também o cargo de auditor do Tribunal de Justiça Desportiva competente para julgar competições das quais a entidade a que preside participa, além de outras questões de ordem disciplinar.

Prevê o artigo 16 do CBJD148 que, respeitadas as exceções da lei, é vedado o exercício de função na Justiça Desportiva aos dirigentes das entidades de prática desportiva.

Como titular da ação que tramita por meio do procedimento sumário, caberia à Procuradoria apresentar denúncia e iniciar o procedimento disciplinar desportivo. Cabe aos demais jurisdicionados desportivos o recurso da apresentação de uma notícia de infração disciplinar desportiva nos termos do artigo 74 do CBJD149 em caso de inércia da Procuradoria. Contudo, caso a Procuradoria entenda que não é cabível a apresentação de uma denúncia com base nos fatos relatados na notícia de infração disciplinar desportiva, o caso será arquivado nos termos dos §§ 2º e 3º do referido artigo 74 do CBJD.

Não poderia, tampouco, o jurisdicionado desportivo fazer uso da Medida Inominada, já que o caso em tela não atende aos requisitos do artigo 119 do CBJD: não se trata de caso excepcional; a data da posse do hipotético auditor supera três dias, e, principalmente; não há dano a ser comprovado.

Há, no caso hipotético, uma violação à norma (portanto, há ocorrência de ato ilícito), mas não há dano resultante de tal violação já que não houve uma decisão eivada de parcialidade clubista por parte do auditor, que é justamente o que a norma quer evitar.

Não há o dano na situação hipotética, mas a violação à norma. Tal violação põe em xeque a fruição do direito in natura do jurisdicionado ao esporte profissional. Dito de outro

---

148 Art. 16, CBJD. Respeitadas as exceções da lei, é vedado o exercício de função na Justiça Desportiva: a) (Revogado pela Resolução CNE nº 29 de 2009). b) (Revogado pela Resolução CNE nº 29 de 2009). c) (Revogado pela Resolução CNE nº 29 de 2009). I - aos dirigentes das entidades de administração do desporto; II - aos dirigentes das entidades de prática desportiva.

149 Art. 74, CBJD. Qualquer pessoa natural ou jurídica poderá apresentar por escrito notícia de infração disciplinar desportiva à Procuradoria, desde que haja legítimo interesse, acompanhada da prova de legitimidade. (Redação dada pela Resolução CNE nº 29 de 2009). Parágrafo único (Revogado pela Resolução CNE nº 29 de 2009). § 1º Incumbirá exclusivamente à Procuradoria avaliar a conveniência de promover denúncia a partir da notícia de infração a que se refere este artigo, não se aplicando à hipótese o procedimento do art. 78. § 2º Caso o procurador designado para avaliar a notícia de infração opine por seu arquivamento, poderá o interessado requerer manifestação do Procurador-Geral, no prazo de três dias, para reexame da matéria. § 3º Mantida pelo Procurador-Geral a manifestação contrária à denúncia, a notícia de infração será arquivada.

modo, a violação da norma é uma ameaça ao direito fundamental ao esporte de rendimento, expresso no artigo 217 da Carta Magna.

A ferramenta para a busca da tutela do direito, no caso hipotético descrito, é a tutela inibitória.

## **7. Conclusão – A contribuição da tutela inibitória para a Justiça Desportiva**

Esse artigo demonstrou a necessidade do cabimento de uma tutela que tenha o condão de inibir/ remover o ilícito na Justiça Desportiva. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, *"para a configuração do ilícito basta a prática de um ato contrário ao direito; basta uma conduta, ainda que esta não seja seguida por um evento. O dano, com efeito, não é essencial para a configuração do ilícito"*<sup>150</sup>.

Argumentou-se que, frente à conduta contrária à norma, há ameaça à fruição do direito in natura. Trata-se do direito ao esporte, em especial (quando refere-se à Justiça Desportiva) ao esporte de rendimento. É direito do jurisdicionado desportivo a fruição do direito in natura do esporte de rendimento por meio, por exemplo, da existência de uma Justiça Desportiva que efetivamente tutele o esporte, garantindo a lisura no esporte de rendimento e a estabilidade das competições.

Este artigo ainda tratou da questão do culturalismo e do pensamento de Miguel Reale. Para o culturalismo o Direito também é responsável por inculcar valores na sociedade. Quando da criação da norma, há, subjacente, uma discussão sobre fatos e valores que vão compor tal processo de criação legislativa. Essa norma (que tem um valor em si), será concretizada na sociedade e será invocada quando os fatos que envolvam a aplicação dessa norma acontecerem. Na medida em que essa norma é aplicada – ou não – isso gera efeitos nessa sociedade. E esses efeitos na sociedade vão gerar novos valores, vão afetar tal sociedade e o comportamento das pessoas.

O professor Miguel Reale acredita que *"uma vez elevados à categoria de consciência coletiva, determinados valores se tornam semelhantes às entidades ontológicas adquirindo caráter permanente e definitivo"*<sup>151</sup>.

Estes valores transformam-se em valores fixos e universais orientando a humanidade, por exemplo, o valor da pessoa humana, o direito à vida, à igualdade, à liberdade e etc.

---

150 MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7ª edição, revisada e atual. São Paulo: Malheiros, 2018

151 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Este artigo demonstrou que a prática do ilícito pode ameaçar a fruição do direito em natura, razão pela qual a tutela inibitória é o procedimento apropriado para combatê-la.

### Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.673

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2016, p.293-294

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Resolução CNE nº 01, de dezembro de 2003*. 2003. Disponível em <http://www.esporte.gov.br/arquivos/legislacao/resolucaoN1CodigoBrasileiroJusticaDesportiva231203.pdf>.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...]. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 5ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

GRADELA, Paulo Cesar. BRACKS, Paulo. JORDÃO, Milton. *Código Brasileiro de Justiça Desportiva CBJD: Comentários à Resolução CNE 29, de 10.12.2009*. Ed. Juruá. São Paulo, 2009

LOPES, João Batista, LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *Tutela inibitória*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/164/edicao-1/tutela-inibitoria>

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

\_\_\_\_\_. *A antecipação da tutela*. 7ª edição, revisada e atual. São Paulo: Malheiros. 2018

MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995.

REALE, Miguel. *Cinco Temas do Culturalismo*. São Paulo. Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Filosofia do direito*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos da concepção tridimensional do direito*. In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. X, fasc. IV, out.-dez. 1960.

\_\_\_\_\_. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SOUSA PINTO, Edson Antônio; FÁRIA, Daniela Lopes de. *A Tutela Inibitória e Seus Fundamentos no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. Volume 252/2016. Pág. 303-318. Fevereiro/2016. DTR/2016/217.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum* / 60. ed. – [2.Reimpr.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

## **TRAVAS BANCÁRIAS NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: LIBERAÇÃO EM PROL DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA**

**KARLA CRISTINA MANETA FERREIRA:**

Graduada em Direito. Pós-graduanda em Direito Empresarial com ênfase em Didática

**RESUMO:** A Lei n.11.101/2005 instaurou uma perspectiva nova dentro da sistemática para a recuperação das empresas. Essa lei consolida e positiva os princípios constitucionais, estabelecendo um microsistema que coaduna com os ideais do pós-positivismo, visto que reconhece tais princípios do ponto de vista da espécie normativa. Observa-se em seu art. 47 que a referida lei, abre espaço para positivar os princípios da preservação da empresa, para que se mantenha a fonte produtiva, os empregos e, ao mesmo tempo os credores não percam o seu interesse nessa empresa. É importante salientar sobre a chamada “trava bancária”, visto que parece possuir certa dissonância entre os entes em uma Recuperação Judicial. Frisa que o princípio outrora mencionado o indica que seja realizado de forma absoluta, resguardando a preservação da empresa. Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo realizar uma breve análise sobre o princípio da preservação da empresa, dentro dos processos de recuperação judicial. Para o desenvolvimento do presente trabalho utilizou-se o método de abordagem dedutivo e se caracteriza como pesquisa bibliográfica e documental. Tal princípio tem motivado algumas decisões judiciais na superação de algumas regras, ainda que inexistindo ilegalidade ou inconstitucionalidade para a não aplicação do texto presente na lei, dentre outras situações. Dentro dessa perspectiva, defende a tese de que esse princípio deve ser somente aplicado onde haja situações em que o texto legal não tenha clareza, onde deixe minimamente uma brecha para interpretações que sejam decorrentes da impressão, ou mesmo do hiato que notadamente possa ser preenchido por uma discussão baseada na doutrina que envolve a referida discussão. A falta de ajuda fiscal específica para as empresas que estão em recuperação judicial mostra que o ordenamento jurídico se encontra incompleto e há diretamente por parte do legislador falta de empenho nessa regulamentação.

**Palavras-chave:** Trava Bancária. Recuperação Judicial. Preservação da empresa. Lei n.11.101/2005.

**ABSTRACT:** Law n.11.101/2005 established a new perspective within the system for the recovery of companies. This law consolidates and positive constitutional principles, establishing a microsystem that is consistent with the ideals of post-positivism, since it recognizes these principles from the point of view of the normative species. It is observed in

article 47 that this law makes room to positivethe principles of the preservation of the company, so that the productive source, jobs and, at the same time, creditors do not lose their interest in that company. It is important to point out about the so-called "bank lock", since it seems to have a certain dissonance between the entities in a Judicial Recovery. It stresses that the principle mentioned above indicates that it is carried out absolutely, guarding the preservation of the company. In this sense, the present studyaims to conduct a brief analysis on the principle of preservation of the company, withinthe processes of judicial recovery. For the development of the present work, the method of deductive approach was used and characterized as bibliographic and documentary research. This principle has motivated some judicial decisions in overcoming some rules, although there is no illegality or unconstitutionality for the non-application of the text present in the law, among other situations. Within this perspective, it defends the thesis that this principle should only be applied where thereare situations in which the legal text does not have clarity, where it leaves minimally aloophole for intepretações that are due to the impression, or even the gap that can nolonger be filled by a discussion based on the doctrine that involves this discussion. The lack of specific tax aid for companies that are in judicial recovery shows that the legal system is incomplete and there is a lack of commitment to this regulation directlyfrom the legislator.

**Keywords:** Bank Lock. Judicial Recovery. Preservation of the company. Law n.11.101/2005.

## 1.INTRODUÇÃO

É sabido que as empresas, independentemente de seu porte ou de sua dimensão econômica e geográfica, estão sujeitas, a qualquer momento enfrentarem situações de insolvência econômico-financeira, onde podem não mais satisfazer compromissos relacionados às suas dívidas.

Dentro dessa discussão, é importante que haja uma legislação voltada para socorrer empresas em crises financeiras, e essa legislação no Brasil é conhecida como legislação falimentar, que notadamente tem por objetivo munir ordenamento jurídico de normas que proporcionem a quem esteja envolvido em situações de insolvência empresarial.

Diante dessas considerações, foi introduzida no país, a Recuperação Judicial,a partir da Lei 11.101/2005, que visa regular a falência quanto a recuperação judicial,onde procurou inicialmente uma adequação tanto o seu conteúdo quanto os seus procedimentos ao Código Civil ( Lei n. 10. 406/2002), objetivando assim a positivaçãoe



consolidação dos ditames da ordem econômica presente na Constituição Federal de 1988.

É importante salientar que nos primeiros anos de sua implantação a referida lei não trouxe benefícios no tocante ao que se propunha, que era a solução das crises no setor / atividade empresarial. O cenário é um pano de fundo para que se aprofunde e se estabeleça uma relação mais próxima como esse novo regramento falimentar, junto da recuperação das empresas e também dos princípios do regime jurídico- econômico.

As normas jurídicas aqui, tem notadamente se pautado na possibilidade de manutenção no mercado das empresas que estejam em situações de insolvência empresarial, mas que ainda tem uma viabilidade, ressaltando a importância do seu papel e de sua função social, então a modificação de Lei de Falências e Recuperação da Empresa (LFRE), que era almejada tanto por juristas, empresários, credores e sociedade, surge para então, positivando os princípios constitucionais econômicos, sendo necessário destacar que o não que os demais princípios sejam importantes, mas o que merece destaque por seu estudo e principalmente, por sua aplicação do que o princípio da preservação da empresa, que anda *paripassu* com o princípio da função social da empresa, que é largamente utilizado quando se pretende justificar a preservação da empresa.

Quando uma empresa entra em crise, esta gera interesses contraditórios. Onde tem-se a preocupação com os credores, tendo uma preocupação essencial de manter um sistema seguro para estes, possibilitando também estímulos referentes aos financiamentos, que é essencialmente garantidora das atividades empresariais e, também, o interesse na preservação da empresa, que mesmo frente à crise, é ainda viável economicamente, especialmente, devido a sua função social, mas reiterando, que, não é uníssono que a LFRE vai atender de forma integral tanto os credores como a preservação da empresa.

A discussão central desse trabalho é objeto frequente de preocupação socioeconômica, tendo essencialmente, sua menor ou maior valorização na regulamentação da insolvência empresarial, ligada aos modelos político-econômicos adotados pelos países através de seus ordenamentos legais, como por exemplo, ocorre nos países ocidentais, que a partir das décadas de 1970 e 1980, reformularam suas legislações sobrepondo o interesse público, buscando notadamente evitar o custo social que ia gerar pelo encerramento das atividades econômicas.

Nesse sentido, o presente estudo tem por objetivo realizar uma breve análise sobre o princípio da preservação da empresa, dentro dos processos de recuperação judicial. A análise realizada sobre a forma como as legislações falimentar e tributárias tratam as dívidas dessas empresas é primordial dentro do prisma jurídico, pois vai

desnudar a adequação das previsões infraconstitucionais com o princípio constitucional da preservação da empresa.

Quanto aos procedimentos técnicos, utilizou-se de recursos da pesquisa bibliográfica. A esse respeito Gil (2012), afirma que a pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

É nesse sentido que se percebe a importância desta prática para o desenvolvimento de conceitos diversificados proporcionando assim um desenvolvimento, além de melhorar a relação do estudo de campo.

O trabalho sistematizado é de suma importância para o pesquisador já que o mesmo permite um contato direto sobre a realidade, além de colocar em prática o conhecimento construído ao longo do percurso, sendo, portanto, enriquecedor e de grande valia.

O método de abordagem utilizado foi o processo dedutivo, pois este de acordo com Severino (2007) é um método de raciocínio cujo antecedente é constituído de princípios universais, plenamente inteligíveis e previamente aceito. Dele ainda decorra forma lógica necessária à conclusão,

Sendo esse método uma forma adequada ao raciocínio, foi de grande valia, pois a partir dele se estabeleceu uma forma adequada as premissas para sua efetivação, resultando assim em um método que segue uma posição verdadeira e confiável.

Pretende-se demonstrar com o presente que é necessário que o legislador não direcione de forma linear suas inquietações para todos os princípios e fundamentos da ordem econômica, visto que ainda o ordenamento jurídico brasileiro, é incompleto quando se tem a necessidade de criar normas que atendam de forma mais direta e benéfica o pagamento de dívidas das empresas recuperação judicial, visando assim uma melhoria quanto ao postulado constitucional preservacionista.

## **2.FUNDAMENTOS DA “ TRAVA BANCÁRIA”.**

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no final do ano de 2015 sustentou o seu entendimento sobre a pertinência da “trava bancária”. Nesse caso, o Recurso a 4ª Turma do STJ analisou o caso de uma Recuperação Judicial em que havia um credítofiduciário, originado de uma operação de alienação fiduciária em garantia. Na visão de Peixoto; Bonat (2016, págs 360-361), esse Recurso é de suma importância, sobretudo por duas razões:

A primeira é o fato de ter sido julgado muito recentemente, inclusive depois da regulamentação do chamado parcelamento especial, que, de alguma forma, faz alguns ajustes em benefício da empresa em recuperação com relação aos débitos tributários (protegidos pelo princípio de proteção ao interesse público). Para tais débitos não havia a estruturação de um parcelamento especial para as empresas em recuperação e havia a exigência da certidão negativa (prevista na Lei 11.101/05) concessão da Recuperação Judicial. Essa combinação geralmente inviabilizava a concessão da recuperação e era alvo de inúmeras discussões judiciais, frequentemente contrárias ao Fisco. O segundo, é a exposição da argumentação ementária, que sintetiza uma expressão forte do paradigma positivista, indicando a priori a necessidade de proteção da propriedade, mesmo quando na realidade a discussão se refira a crédito garantido.

A discussão sobre a “trava bancária” tem seus fundamentos ancorados nas disposições do art. 49 da LFER, e para compreender de forma ampla todas as nuances que a “trava bancária” traz consigo, é importante que se faça uma análise dessas disposições encontradas nesse artigo, ao mesmo tempo também do regramento concernente à cessão fiduciária dos recebíveis com o contrato de cessão fiduciária de créditos recebíveis, emergindo então para os prismas doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema:

Salienta assim que o citado artigo é a mola propulsora sobre a recuperação judicial, visto que este vai dispor sobre os créditos que estão propícios para a realização do procedimento recuperacional:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. §1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial. §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário

de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei. §5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o §4º do art. 6º desta Lei.

É importante frisar, que essa discussão diz respeito à recuperação de créditos protocolados no pedido, mesmo que não estejam vencidos, mas há algumas exclusões que devem ser levadas em consideração, como salienta Munhoz (2009, págs 41-42):

(a) créditos plenamente sujeitos à recuperação judicial, por força do caput; (b) créditos não sujeitos à recuperação judicial nem aos efeitos do stay period, por força do §4º; (c) créditos não sujeitos à recuperação judicial, mas passíveis de serem atingidos pelos efeitos do stay period, conforme o § 3º; e (d) créditos sujeitos tanto à recuperação judicial quanto ao stay period, conforme o § 5º.

Dentro dessa discussão, há um debate que gera divergências doutrinárias e jurisprudenciais, encontrada no parágrafo 3º, que estipula proteções ao chamado

“credor proprietário”, pois conforme coloca Coelho (2009, p. 63), visto que algumas exclusões nessa discussão vão causar consequências abundantes para os credores, como:

(i) a dispensa de habilitarem-se na relação de credores, assim como de impugnar ou divergir do quadro geral; (ii) a perda do direito de participação da assembleia, não integrando quórum de instalação e de deliberação; (iii) a viabilidade de prosseguir ou ingressar com ação de execução, estando alheio ao prazo de suspensão; e (iv) a inalterabilidade das disposições contratuais por força do plano de recuperação.

Corroborando com o debate Peixoto; Bonat (2016), colocam que pela disposição, seria “um benefício a atividade empresarial não poder incluir os créditos baseados nessa “trava bancária” em um plano de recuperação.”

Vale dizer, da leitura dos dispositivos legais e à luz dos princípios que regem o processo recuperacional, a exceção alusiva ao crédito fiduciário contida no art. 49, § 3º, da Lei significa que, muito embora o credor fiduciário não se submeta aos efeitos da recuperação e que lhe sejam resguardados os direitos de proprietário fiduciário, não está ele livre para simplesmente fazer valer sua garantia durante o prazo de suspensão das ações a que se refere o art. 6º, § 4º.

Essa discussão vai de encontro ao que outrora defende o STJ, conforme ementado Acórdão do Resp, sobre a prioridade de proteção à propriedade:

O STJ possui entendimento de que “a novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é *sui generis*, e a execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas” (Resp 1272697/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA

TURMA, julgado em 02/06/2015, Dje 18/06/2015).

Na hipótese, o recorrido, credor fiduciário, apesar de não se sujeitar ao plano de reorganização, acabou sendo nele incluído, tendo o magistrado efetivado sua homologação.

Apesar disso, ainda que o crédito continue a segurar no plano de recuperação judicial devidamente homologado, não se submeterá à novação efetivada nem perderá o direito de se valer da execução individual, nos termos da lei de regência, para efetivar a busca da posse dos bens de sua propriedade.

Isso porque a instituição de tal privilégio (LF, art. 49, § 3º) foi opção legislativa com nítido intuito de conferir crédito para aqueles que estão em extrema dificuldade financeira, permitindo que superem a crise instalada. Não se pode olvidar, ademais, que o credor fiduciário de bem móvel ou imóvel é, em verdade, o real proprietário da coisa (propriedade resolúvel e posse indireta), que apenas fica depositada em mãos do devedor (posse direta) até a solução do débito.

Deveras, tais créditos são imunes aos efeitos da recuperação judicial, devendo ser mantidas as condições contratuais e os direitos de propriedade sobre a coisa, pois o bem é patrimônio do fiduciário, não fazendo parte do ativo da massa. Assim, as condições da obrigação advinda da alienação fiduciária não podem ser modificadas pelo plano de recuperação, com a sua novação, devendo o credor ser mantido em sua posição privilegiada.

Não se poderia cogitar que o credor fiduciário, incluído no plano de recuperação, teria, por conduta omissiva, aderido tacitamente ao quadro. É que referido credor nem sequer pode votar na Assembleia geral, não podendo ser computado para fins de verificação de quorum de instalação e deliberação, nos termos do art. 39, § 1º da LF, sendo que, como sabido, uma das principais atribuições do referido colegiado é justamente o de aprovar, rejeitar ou modificar o plano apresentado pelo devedor. ( PEIXOTO ; BONAT, 2016, p. 363)

Partindo dessa premissa o STJ, quando de sua construção argumentativa, esquiva-se de realizar uma análise do ponto de vista na relação creditícia, levando em consideração aspectos estratificados, mas o faz como questão dominial pura. Levando



essa análise sob o prisma das atividades bancárias, conclui-se que há fragilidade nessa argumentação sobre vários vieses, logo porque as instituições bancárias tratam com crédito e não diretamente com as administrações diretas dominiais, então as relações não estariam sendo feitas entre estranhos, mas com alguém que há uma relação legítima de crédito, e só existe se houver a participação desses entes.

O Superior Tribunal de Justiça, em entendimento jurisprudencial constante do Agravo Regimental na Medida Cautela n.17722 / MT57 (2011/0025428-7 – 10/03/2011), diz que a “trava bancária” não deve ser liberada se não evidenciado perigo de dano irreversível à empresa em recuperação, ou de comprometimento do plano de recuperação.

Agravo Regimental. Medida Cautelar. Recurso Especial pendente de admissibilidade. Efeito suspensivo concedido na origem. Controle pelo STJ. Possibilidade. Aferição do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Recuperação judicial. Contrato de alienação fiduciária de créditos. Valores controvertidos. Ausência de demonstração concretada inviabilidade do plano de reabilitação econômica. Processamento do especial apenas no efeito devolutivo. 1. A competência deste Tribunal Superior para a apreciação de ação cautelar proposta com vistas à concessão de efeito suspensivo a recurso especial instaura-se, via de regra, após o proferimento do juízo de admissibilidade pelo Tribunal a quo, em consonância com o art. 800, parágrafo único, do CPC, conjugado com os enunciados sumulares 634 e 635 do STF, aplicados analogicamente. 2. É possível ao STJ exercer o controle da decisão concessiva, na origem, de efeito suspensivo a recurso especial, por meio de agravo de instrumento ou medida cautelar ajuizada diretamente nesta Corte Superior. Precedentes. 3. O efeito suspensivo concedido na origem, em geral, deve ser revogado, a não ser que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* estejam presentes a favor da pretensão recursal da parte contrária. 4. Embora a tese sustentada no recurso especial – na vertente de que os créditos fiduciários (ou trava bancária) devam ser incluídos na recuperação judicial – seja ainda inédita neste Sodalício, possuindo substanciosos posicionamentos favoráveis e contrários tanto na doutrina quanto nos tribunais de segunda instância, não se constata, *in casu*, o *periculum in mora*. 5. Com efeito, a par de o plano de recuperação judicial estar sendo

cumprido devidamente sem o montante ora controverso por quase um ano, foram ainda concedidos moratória de 05 (cinco) anos para o pagamento dos créditos quirografários e parcelamentos para pagamento dos demais credores, de sorte que a ausência dos valores resultantes dos direitos de crédito oriundos do contrato de cessão fiduciária de duplicatas e direitos firmado com o banco requerente não se revela apta a gerar perigo de dano irreversível, tampouco indica comprometimento do plano de recuperação das empresas. 6. Agravo regimental a que se nega provimento.

O entendimento doutrinário atual sobre a matéria, junto ao posicionamento jurisprudencial dos tribunais no país, confirma o entendimento de que as empresas que estejam em recuperação busquem uma melhor composição no tocante as garantias concedidas aos seus credores, notadamente, a relacionada a renegociação de débitos junto às instituições financeiras, buscando substituir a garantia de cessão fiduciária de crédito, principalmente, antes do ajuizamento da ação.

### **3. PRINCÍPIOS COMO NORMAS E EVENTUAL COLISÃO**

As discussões sobre a “trava bancária” encontram-se inseridas na Lei 11.101/05, especialmente no artigo 49, parágrafo 3, ressaltando também as discussões sobre direito de propriedade. Nas palavras de Peixoto; Bonat (2016, 366), em resumo a “trava bancária”:

Excluiria o crédito e impediria a novação ocorrida no processamento da recuperação judicial. Contudo, tanto a proteção a propriedade, quanto a proteção a preservação da empresa têm natureza principiológica e necessitam uma análise de proporcionalidade. Disso já deriva uma primeira conclusão: não há uma prioridade absoluta de um sobre o outro.

Nessa mesma linha discursiva, observa-se que numa reconstrução ocorrida do ponto de vista neoconstitucionalista do ordenamento jurídico, estrutura a discussão em três níveis: regras, princípios e procedimento. Para Duarte; Pozollo (2006) “ o primeiro nível oferece a força vinculante típica das regras, o segundo a plenitude e o terceiro a racionalidade, de um sistema orientado pela noção de razão prática.

Quando se introduz o segundo elemento, indica que este representa um elemento que traz inovação dentro de uma perspectiva pós-positivista, conforme salienta Peixoto; Bonat (2016,p.367)

A positivação dos princípios efetivamente é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral. Os princípios entendidos com instâncias morais positivadas reúnem os fios do discurso jurídico e do discurso moral transformando em um tipo de função interna a discussão crítica sobre a satisfação do ideal do direito, algo que no positivismo era uma crítica externa. A crítica ao direito positivo com base no argumento de justiça é mais externa ao direito: a justiça se transforma em um dos elementos de validade do direito positivo.

Dentro dessa perspectiva onde o debate recai sobre o pensamento juspositivista e o pensamento neoconstitucionalista, Duarte; Pozzolo (2006, p. 84) coloca que a diferença entre eles se dá notadamente por que:

A partir daí é flagrante a diferença do pensamento juspositivista, para quem o direito vale porque vale. Se vale, explicar por qual razão vale será tarefa dos sociólogos, filósofos, políticos, moralistas. Para os neoconstitucionalistas o direito vale se é justo, isto é, é obrigatório se é moralmente correto. O juízo de retidão é dado com base em uma norma de valor que considera positivada constitucionalmente. (DUARTE; POZZOLO, 2006, p. 84)

Quando discute fazendo uma relação dos seus objetivos com a teoria dos princípios, Alexy (1988) coloca que com essa teoria, diferencia o campo normativo em dois polos: regras e princípios, mas que estes não estão com possibilidade de sustentação de uma tese da única resposta correta e que necessitaria de uma teoria da argumentação jurídica, que fosse notadamente balizada pelo conceito de razão prática, sendo que essa combinação é a base teórica do Direito. Para Alexy, o ponto central distintivo entre os dois modelos normativos é que :

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes." Princípios são por ele qualificados como mandamentos de otimização e têm como característica a

possibilidade de satisfação em graus variados, e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. (ALEXY, 2015, p. 90)

Para a proposta de Alexy, tanto princípios quanto regras são normas e dizem o que deve ser. Ambas são expressões básicas do dever, da permissão e da proibição. (ALEXY, 2006).

Quando se aceita o aspecto normativo desses princípios, compreende-se que mesmo dentro de um ordenamento estável e harmônico, mesmo em situações sólidas pode haver colisões.

Nessa discussão, a “trava bancária” vem lastreada pela proteção à propriedade e à estabilidade creditícia que a força da propriedade assegura. Mas, eventualmente, em situações concretas, a proteção da propriedade pode se chocar com o princípio da preservação da empresa, haja vista que, todos os créditos baseados em cláusulas de propriedade ficarão de fora de um plano para reestruturação da empresa, muitas vezes inviabilizando-o e contrariando o princípio da sociabilidade também. (PEIXOTO; BONAT, 2016, p. 367)

Mesmo sendo possível estabelecer uma prioridade *prima facie* objetivando a proteção à propriedade, isso não tem a força de absolutizar tal princípio nas relações creditícias das empresas em recuperação judicial.

#### **4.A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DAS EMPRESAS**

É importante ressaltar que a discussão sobre a natureza jurídica da Recuperação Judicial, ainda causa divisão dentro da doutrina, mas identifica-se logo na sua introdução normativa, em substituição à Concordata, que aquela, conforme coloca Peixoto; Bonat (2016, p. 364) vai:

Implicar em uma atuação do Estado de modo a possibilitar que empresários individuais ou sociedades empresárias, desde que regulares e cumpridores de requisitos estabelecidos, consigam promover tanto uma reorganização de suas obrigações, quanto

reestruturações de controle, de administração, econômica, societária. Tais reestruturações podem ser isoladas ou combinadas. A Recuperação Judicial é, portanto, um instrumento mais amplo que a antiga concordata e visa, sobretudo, possibilitar mecanismos de readequação e preservação da atividade empresarial.

Na recuperação judicial, a intervenção do Estado-Juiz é incisiva, de forma que a condução de todo o deferimento e processamento tem a participação direta do juiz. Nas falas de Mendes (2012, p. 67):

O revogado sistema legal falimentar-concordatário do Decreto-lei n. 7.661/45, tal como o diploma falimentar-recuperacional vigente da Lei n. 11.101/05, baseiam-se em um modelo econômico originário da Revolução Industrial ocorrida no Século XVIII, alicerçado em um desenvolvimento político sobressaltado, que cresceu e se consolidou como opção de modo produtivo na sociedade atual.

As empresas, como agentes econômicos e sustentáculos para a sua sobrevivência, são, indiscutivelmente, um dos principais pilares do sistema capitalista, frente a essa constatação, a sua ineficiência e inoperacionalidade precisam ser sanadas, e, diga-se de passagem, em um curto prazo, respeitando às suas especificidades, mas também que estejam sujeitas às regras judiciais, que visem o seu retorno produtivo ou o seu aniquilamento.

É importante frisar que os objetivos da recuperação judicial das empresas mudaram com o tempo, conforme salienta Mendes (2012, p. 59 )

O objetivo da recuperação de empresas oriundo do período romano, que se baseava na proteção dos créditos em detrimento da fonte de circulação de bens e serviços, foi preterido devido à evolução dos novos modelos falimentares dos sistemas jurídicos romano-germânico e anglo-saxão, já que a empresa merecia melhor sorte a ser dada pelos legisladores. A partir desse novo paradigma, germinou, em várias legislações, tais como, a legislação norte-americana, inglesa, francesa, belga, alemã, portuguesa, espanhola e, em certa medida, a italiana, além de, mais recentemente, nossa legislação brasileira, a preocupação com a preservação da empresa, como forma de reabilitá-la e

mantê-la ativa em prol dos interesses dos agentes econômico-financeiros que dela dependam ou a ela se prendam por determinado interesse – os stakeholders.

Quando a discussão recai sobre a Recuperação Judicial no Brasil, observa-se que a mesma foi introduzida em 2005, a partir da Lei 11.101, que regula tanto a falência, quanto a recuperação judicial. Nesse sentido, Rammê (2011, p.13) indica que:

Nos seus primeiros anos, a Recuperação Judicial não teve uma incidência como se imaginava na solução de crises na atividade empresarial. É possível associar o pequeno recurso à Recuperação Judicial a natureza dos créditos habitualmente envolvidos na atividade empresarial. Como, em grande parte, as obrigações das empresas em crise são contraídas com bancos, associadas a garantias como a chamada cláusula de propriedade, elas não podem ser incluídas no plano de recuperação e estão fora de qualquer novação que ocorra pela concessão da Recuperação Judicial.

Corroborando com as discussões Mendes (2012, p. 68), coloca que: “A recuperação judicial traz à discussão a maior intervenção dos credores nas lides com seus devedores, com uma atuação de caráter dúplice, decorrente da defesa do crédito e da busca pela recuperação da sociedade empresária devedora e em crise”.

Para o autor, essa dualidade, traz um dilema para os agentes econômicos e uma preocupação dos agentes que estão nesse processo de recuperação, visto que, há de mesmo que de forma sutil, conflitos de interesse na relação da busca pela eficiência econômica na recuperação do crédito e a manutenção da fonte produtiva, que vai diretamente, manter empregos e tutelar a dignidade da pessoa humana.

Exige-se de início, ao contrário da falência, uma situação de regularidade de exercício de atividades e distanciamento da prática de crimes falimentares. Esses requisitos iniciais dão os contornos da Recuperação Judicial – destinada a ser uma concessão estatal, um “benesse” ao empresário individual ou à sociedade empresária para superar a crise. E só há justificativa para essa benesse normativa para a preservação da empresa, porque preservando a atividade se estaria preservando um ciclo e protegendo uma série de interesses coletivos: proteção do



trabalho, proteção aos consumidores, proteção ao fisco, proteção a outras atividades empresárias orientadas ao fornecimento de produtos e/ou serviços para a empresa em crise. (PEIXOTO; BONAT, p. 364)

O artigo 47 da Lei 11.101/05 expressa tais fundamentos:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A Recuperação Judicial propõe assim ampliar o sistema proteção à atividade empresarial, visto que essa proteção protegeria uma coletividade, sendo, portanto, uma manifestação do princípio da sociabilidade do direito privado. Por conseguinte, quando ocorrer a concessão da Recuperação, ocorrerá concomitantemente uma novação das obrigações englobadas pelo Plano de Recuperação Judicial, mas como frisa Peixoto; Bonat (2016, p. 365) essa novação é diferenciada porque:

A princípio, eventual credor titular de uma posição em uma obrigação, mesmo contra a sua vontade, poderá ser forçado pela aprovação do Plano, a aceitar a novação de sua obrigação com o devedor (em recuperação). E há um fundamento nisso: o princípio da preservação da empresa, que convergente com o princípio da sociabilidade, permite submeter créditos individuais, até os considerados entre os mais essenciais (trabalhistas e acidentários), ao Plano de Recuperação Judicial.

Os autores nos chamam atenção para algumas mudanças ocorridas em relação a alguns aspectos contidos na Recuperação Judicial, como: a necessidade de concessão de um parcelamento especial, com vistas a permitir um reequilíbrio da empresa em crise e a suspensão pelo prazo de 180 dias das ações e execuções contra o titular da empresa.

Na visão de Peixoto; Bonat (2016, p. 365) " A inserção da Recuperação Judicial em 2005 buscou, muito mais que a concordata buscava, mecanismos efetivos de preservação da empresa.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Quando se analisa de forma conjunta tanto os posicionamentos favoráveis e contrários à flexibilização da aplicação das “travas bancárias”, dentro dos processos de recuperação judicial, notadamente aqueles voltados para a previsão dos créditos no plano de recuperação das empresas, é importante ressaltar o seu alcance, principalmente por parte de aplicadores e estudiosos do Direito Falimentar.

As “travas bancárias” devem especialmente se pautar pela razoabilidade em sua aplicação prática, notadamente quando se pretende encontrar a centralidade do equilíbrio jurídico, que, vai minimamente tentar atingir um cenário econômico-financeiro mais próximo do ideal possível, que objetive a preservação, continuidade e operacionalidade da empresa em crise.

É importante dizer que quando se usa de forma irrestrita, indiscriminada e irracional o dispositivo das “travas bancárias”, pelas instituições financeiras, que temporariamente atendem tão somente os seus interesses casuísticos, que contrariam o espírito do legislador da LFRE que, precipuamente, vai em busca da conservação e preservação da empresa, vai diretamente frustrar os planos de recuperação judicial e também trará consequências lesivas à ordem econômica e financeira; aos credores também à própria unidade produtiva, o que pode direta ou indiretamente, causar sua própria falência.

Estamos perante a um dispositivo que merece ser observado de forma cautelosa pelos estudiosos, visto que tais consequências desse dispositivo vai para além dos espaços físicos dos tribunais e, podem afetar diretamente a vida dos indivíduos, que dependem do mercado empresarial, quer pelo emprego que esse gera, quer pela necessidade da preservação das empresas como sendo uma mola propulsora da circulação de serviços, bens e capital.

Aqui cabe mencionar o Estado, que é o principal interessado no crescimento da economia, onde cabe a este realizar análises criteriosas e cuidadosas quando da aplicabilidade das “travas bancárias”, levando em consideração as consequências para o mercado, especialmente pela necessidade constante quer da criação e manutenção dos empregos, que é o alicerce do desenvolvimento de qualquer país e a base de sustento econômico do Estado Democrático de Direito e seu âmbito social.

## 7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios y razón práctica**. Tradução de Manuel Atienza. DOXA 5. 1988.

\_\_\_\_\_. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã, 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**.

8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Élcio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Bernardo Bicalho de Alvarenga. **As “Travas bancárias” na recuperação judicial**: validade, eficácia e limitações/ Bernardo Bicalho de Alvarenga Mendes. – Nova Lima, 2012. p. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito Milton Campos.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Cessão fiduciária de direitos de crédito e recuperação judicial de empresa**. Revista do Advogado n. 105. São Paulo: AASP, 2009.

PEIXOTO, Fabiano. BONAT, Debora. **A “trava bancária” na recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho –PR, Brasil, n.23.p.357-378. Disponível em:  
342926156\_A\_TRAVA\_BANCARIA\_NA\_RECUPERACAO\_JUDICIAL\_E\_O\_PRINCIPIO\_DA\_PRESERVACAO\_DA\_EMPRESA\_THE\_BANK\_LOCK\_ON\_REORGANIZATION\_BANKRUPTCY\_AND\_THE\_PRINCIPLE\_OF\_PRESERVATION\_OF\_THE\_COMPANY  
Acesso em 15 de fevereiro de 2022

RAMMÊ, Adriana Santos. **A preservação da empresa como fundamento constitucional de ajuda fiscal na recuperação judicial**- Florianópolis, SC, 2011. 166 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23ª edição-2ª reimpressão. São Paulo, Cortez, 2007.

## **TRIBUNAL DO JÚRI: DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE E DA (IN)CONVENCIONALIDADE DA EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA**

**LUIS PAULO ROCHA CARDOSO:**

Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Graduado pela Universidade Veiga de Almeida.

**RESUMO:** O presente trabalho visa traçar críticas e propostas de reforma à execução antecipada da pena nas decisões condenatórias em face de crimes dolosos contra a vida e crimes conexos, ou seja, decisões exaradas pelo Plenário do Tribunal do Júri. Ademais, o trabalho também visa à adequação do rito do Júri aos pressupostos de um processo penal democrático, além de robustecer o estado de inocência dos acusados. Serão analisados pontos importantes, como: a possível fragilidade do julgamento em razão do desconhecimento técnico dos jurados para o fim de veredicto condenatório; a insegurança de se permitir uma execução antecipada da pena no bojo de um procedimento que vigora o sistema da íntima convicção (sem necessitar de motivação para as suas decisões judiciais). Em seguida, traremos algumas propostas de reforma, ressaltando a necessidade de revisões ao rito do Tribunal do Júri, visando restabelecer sua função histórica de garantia individual e coletiva.

**Palavras – chave:** Tribunal do Júri; Juízes leigos; Execução antecipada da pena; Presunção de inocência; Trânsito em julgado; Aspectos Controvertidos.

**ABSTRACT:** The present work aims to outline criticisms and proposals for reform to the early execution of the sentence in sentencing decisions in the face of intentional crimes against life and related crimes, that is, decisions issued by the Plenary of the Jury Court. In addition, the work also aims to adapt the Jury rite to the assumptions of a democratic criminal process, in addition to strengthening the state of innocence of the accused. Important points will be analyzed, such as: the possible fragility of the trial due to the technical ignorance of the jurors for the purpose of a condemnatory verdict; the insecurity of allowing an early execution of the sentence in the midst of a procedure that prevails the system of intimate conviction (without needing motivation for its judicial decisions). Next, we will bring some reform proposals, highlighting the need for revisions to the Jury Court rite, aiming to reestablish its historical function of individual and collective guarantee.

**Keywords:** Jury court; Lay judges; Provisional execution of the sentence; presumption of innocence; Res judicata; Controversial Aspects.

## INTRODUÇÃO

Diante de uma análise histórica, verifica-se que o instituto do Tribunal do Júri, presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXVIII, que tem como alicerce o julgamento de crimes dolosos contra vida e os respectivos crimes conexos por pessoas leigas, não necessariamente com conhecimento técnico jurídico, visto que o legislador optou por democratizar ainda mais o sistema de justiça introduzindo pessoas do povo para julgar os seus pares quanto à proteção do bem jurídico mais caro para a humanidade - a vida - fundamenta-se. Esse cenário se desenhou, notadamente, na época da revolução francesa.

Com base nisso, a participação do povo, sem instrução jurídica, foi importante para democratização e a inclusão no sistema jurídico de pessoas que por muito tempo foram colocadas à margem das decisões jurídicas estatais mais relevantes. Agora, "dar voz ao povo" se concretiza ainda mais perante o sistema de justiça.

Ao longo dos anos, apesar de os direitos, em alguns marcos históricos, terem sido retirados por governos autoritários ou travestidos de uma democracia sólida, o Tribunal de Júri se mostra uma faceta importante no processo penal democrático, notadamente quanto à sua instituição no Brasil e suas influências ocidentais-europeias.

Ocorre que, diante de uma nova onda autoritária e de crescente descarte de direitos, vê-se a fragilidade das regras procedimentais, que foram alteradas recentemente por meio da inclusão do famigerado Pacote Anticrime (Lei de nº 13.964/19), surgindo a partir de um debate e de uma ideia de recrudescimento da resposta penal frente aos crimes com mais apelo pela sociedade. Esse movimento pode ser explicado por meio de diversos argumentos, mas, principalmente, diante do descrédito da população frente à incapacidade do nosso sistema penal de resolver as celeumas criminais.

Expandem-se a discussão acerca da possibilidade ou não da execução antecipada da pena nos crimes dolosos contra a vida, ou seja, os crimes processados perante o Tribunal do Júri, especialmente diante da criação de uma nova normativa que autoriza que o Juiz Presidente determine o cumprimento imediato da execução da pena após a leitura do veredicto em plenário, ou seja, o sujeito poderá sair da Sessão de Julgamento diretamente para o cárcere, mesmo se houver a interposição de recurso, ou até mesmo se este recurso estiver fundamentado na impugnação da decisão contrária à prova dos autos.

Não se perde de vista que a nova legislação trouxe a possibilidade de se garantir efeito suspensivo à decisão impugnada, mas isso não retira o afronta a diversos preceitos constitucionais, infraconstitucionais e de tratados internacionais, inclusive, diplomas legais que o Brasil assumiu o compromisso de aderir e respeitar. A regra geral sobre a liberdade

foi afastada, afetando diretamente a presunção de inocência e de forma indireta o princípio do *in dubio pro reo*, além de outros preceitos basilares do estado democrático de direito.

Dessa forma, questiona-se: a possibilidade da execução antecipada da pena no rito especial do Tribunal do Júri possui compatibilidade com o ordenamento jurídico? O que fazer para evitar a fragilidade do nosso sistema?

Diante desses questionamentos, o cenário atual do Tribunal do Júri na justiça criminal brasileira intenta que busquemos novos horizontes, além de encontrar soluções para evitar a banalização dos instrumentos e princípios que norteiam e representam o processo penal democrático.

## 1 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

Há certa imprecisão doutrinária acerca do surgimento do Tribunal do Júri no ordenamento jurídico internacional, advindo daí diversos questionamentos<sup>152</sup>. Todavia, no que tange ao ordenamento pátrio, observa-se, sem dúvidas, que a criação do Tribunal Popular tem conexão intensa com as profundas mudanças de cunho liberal ocorridas em solo Português, na 1ª (primeira) metade do século XIX. A Revolução Liberal do Porto, eclodida em 24 de agosto de 1820, cujo objetivo era a criação de uma Assembleia Constituinte. A modificação promovida foi essencial para a ascensão ao nível constitucional de um tribunal formado por juízes leigos, livres e independentes da monarquia, ideário que há muito tempo influenciava os julgamentos em Portugal.<sup>153</sup>

Diante dessa premissa, o então Príncipe D. Pedro I, diante do ato datado de 18/06/1822, antecedendo à própria independência do Brasil, instituiu o Tribunal de Juízes de Fato com o fim de julgar os crimes de abuso de liberdade de imprensa, formado por 24 (vinte e quatro) juízes, nomeados pelo Corregedor do Crime da Corte e Casa, tendo como requisitos intangíveis: ser homem bom, honrado, inteligente e patriota, pressupostos demasiadamente subjetivos, que não levavam ao ordenamento a segurança jurídica necessária. De outro lado, em razão desse ato, o único recurso contra as decisões deste Tribunal era dirigido ao próprio Príncipe Regente.<sup>154</sup>

Em seguida, com a crescente insatisfação frente ao Imperador, reverberando-se uma forte oposição, promulgou-se a Constituição Imperial, em 1824, constando em seu

<sup>152</sup> MAXIMILIANO, Carlos aponta: “as origens do instituto, são tão vagas e indefinidas, que se perdem na noite dos tempos”.

<sup>153</sup> FAUSTO, Antônio Simon Bruno Franchetto. **História, Criminologia e Teatro no Tribunal do Júri**. 2016. Monografia. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrap.puc-rio.br/27878/27878.PDF>>. Acesso em: 5 abr. 2019.

<sup>154</sup> JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. **Tribunal do Júri**: implicações da Lei 11.689/08. ed. Juruá, 2015, p.79.



conteúdo a exigência de que o Poder Judicial seria independente e composto de juízes e de jurados (integrantes leigos), com competência para causas cíveis e penais.

Em 20 de setembro de 1830, emergiu a lei que tratava do abuso da liberdade de imprensa, organizando o Tribunal do Júri e, seguindo o modelo inglês, dividindo o Conselho de Jurados em duas espécies. Em primeiro, havia o Júri de Acusação, tendo como objetivo julgar a admissibilidade da persecução penal, aferindo a adequação da peça acusatória quanto ao ordenamento jurídico; e após essa análise prévia, o Júri de Sentença/Julgamento, ao qual tinha como objetivo decidir se o acusado era ou não culpado pelos atos supostamente praticados.

Nesse contexto histórico, mais precisamente no Período Regencial, em 1832, surgiu o Código de Processo Criminal, que manteve a existência dos 2 (dois) Conselhos de Jurados. No entanto, restringiu-se a competência dos juízes de direito, limitando sua atividade à presidência da sessão, orientação dos jurados e à aplicação das penas, permitindo maior autonomia aos juízes de fato, ideário que pode ser observado até os dias de hoje.<sup>155</sup>

Diante dessa modificação, os jurados deveriam ser escolhidos entre cidadãos eleitores e probos, com reconhecido bom senso. Ocorre que, em razão do cenário econômico da época e das ideias culturais, os únicos possíveis jurados eram integrantes das classes sociais mais abastadas, que, portanto, levavam ao papel de julgador – Conselho de Sentença - apenas sujeitos que possuíam situação financeira que não representava a maioria da população naquele momento histórico.

A partir disso, podemos observar a ausência de democratização no conjunto de jurados, ainda longe da ideia de que o júri deve ser centrado na heterogeneidade de seus componentes, concepção que permite ao julgamento visões de mundo diferentes, permitindo um julgamento com maior lucidez e capacidade de espelhar os anseios da população.

Muito embora havia esse problema, foi guiado ao procedimento do Tribunal do Júri requisitos impeditivos que buscavam levar ao Conselho de Sentença imparcialidade, como é o caso de proibição de ascendentes, descendentes, sogro, genro, irmãos e cunhados participarem da mesma Sessão Plenária. Ademais, os jurados que integravam o Júri de Acusação não podiam participar do Júri de Sentença/Julgamento.

Quanto ao procedimento adotado no Júri de Acusação, 1ª (primeira) fase, o Conselho de Sentença respondia à indagação: "Há neste processo suficiente esclarecimento sobre o crime e seu autor, para proceder à acusação?". Sendo a acusação recebida, o acusador deveria oferecer o libelo em 24 (vinte e quatro) horas. Se a resposta

<sup>155</sup> JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. *Op. cit.*, p.81.

fosse negativa, havia conferência da decisão, sendo realizada nova instrução, na qual o conselho deliberava sobre a procedência ou não da acusação.<sup>156</sup>

Já no Júri de Sentença/Julgamento, eram necessários 2/3 (dois terços) dos votos para condenar o acusado e, para aplicação da pena de morte, era necessária a unanimidade de votos. Não havia incomunicabilidade entre eles, de modo que se reuniam na sala secreta e debatiam livremente sobre os fatos, respondendo os quesitos logo em seguida, o que hoje podemos observar como flagrante violação à incomunicabilidade dos jurados, afrontando o princípio da íntima convicção.

Reporta-se imprescindível alertar que em 12/04/1834, editou-se o “Ato Adicional”, que alterou a Constituição e, indiretamente a instituição do Júri, visto que foram criadas Assembleias Provinciais para legislar sobre a organização judiciária.<sup>157</sup>

Ainda, pela Lei 261 e pelo Regulamento 120, nos anos de 1841 e 1842, foi extinto o Júri de Acusação, sendo a formação de culpa e a sentença de pronúncia atribuídas às autoridades policiais criadas – delegados e subdelegados. A competência também foi modificada, pois foram retirados diversos crimes de sua alçada.

No que tange aos jurados leigos, houve a criação de condições para o exercício fiel da função, sendo necessário, além de ser eleitor, saber ler e escrever e possuir um rendimento anual consideravelmente alto. Ainda, insta salientar que foi implementada a regra da incomunicabilidade entre os jurados, sendo expressamente vedado o debate sobre os fatos antes da quesitação, privilegiando-se a íntima convicção.

Diante dessas inúmeras modificações, surgiu a necessidade de implementação de hipóteses diferentes para a interposição do recurso de apelação das decisões do Conselho de Sentença. Daí surgiu o exemplo que está presente até hoje no Código de Processo Penal Brasileiro: apelação contra a decisão dos jurados que contraria as provas dos autos, a chamada apelação *ex officio*, cabível quando o juiz de direito entendia que a decisão contrariava evidências resultantes de provas que perante ele foram produzidas. Se o órgão revisor desse provimento ao recurso, determinava a submissão da causa a novo julgamento, sendo vedada tanto a inclusão dos jurados que participaram do julgamento anterior, quanto do juiz de direito que se manifestou contra a decisão dos juízes leigos.

A proclamação da República, em 1889, gerou a edição da Constituição de 24/02/1891, em cujo processo legislativo se discutiu a supressão ou manutenção do respectivo Tribunal. A questão chegou até o Supremo Tribunal Federal (STF) que, se

<sup>156</sup> JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. *Op. cit.*, p.82

<sup>157</sup> JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. **Tribunal do Júri**: implicações da Lei 11.689/08. ed. Juruá, 2015, p.83.

pronunciou delimitando os contornos da instituição do Júri, de forma que o texto constitucional o levou à Seção II, do título IV, que tratava das “declarações de direitos”, sendo assim, pela primeira vez, reconhecido como um direito ou garantia individual,

Avançando, a Carta Constitucional de 1934, durante a “Era Vargas”, expôs que a instituição do Júri seria mantida com a organização e as atribuições que lhe desse a lei, porém foi retirado novamente do rol de direitos e garantias individuais para compor a estruturação do Poder Judiciário.

Nessa época, devido à unidade de federação adotada, cada unidade federativa elaborava as suas próprias leis processuais, de forma que a competência e o rito processual do Júri não encontravam uniformidade no Brasil.

Dentro desse mesmo contexto da presidência de Getúlio Vargas, a Constituição de 1937, “Constituição da Polaca”, outorgada após a dissolução da Câmara e do Senado Federal, silenciou a respeito do Tribunal do Júri. Com isso, o governo nomeou uma comissão para elaborar uma nova lei sobre o respectivo Tribunal, cujo trabalho resultou no Decreto-Lei 167, de 1938. O referido decreto trouxe novo cenário jurídico ao país, renascendo o Júri na lei ordinária.<sup>158</sup>

Cumprе ressaltar que este Decreto deu aos Tribunais de Apelação a possibilidade de reformar as decisões do Júri, tendo em vista a sua disposição:

Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apôio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme caso.

Sob a vigência desse ato normativo, o Tribunal do Júri tinha competência para julgar os crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ao suicídio, duelo com morte e latrocínio. Insta salientar que nos crimes de homicídio cometido por motivo fútil ou com meio cruel, a atuação do Júri podia resultar na pena de morte.

---

<sup>158</sup> A Constituição Brasileira de 1937 (conhecida como Polaca), outorgada pelo presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, mesmo dia em que implanta a ditadura do Estado Novo, é a quarta Constituição do Brasil e a terceira da república, de conteúdo pretensamente democrático. Será, no entanto, uma carta política eminentemente outorgada mantenedora das condições de poder do presidente Getúlio Vargas. A Constituição de 1937, que recebeu apelido de “Polaca” por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, era extremamente autoritária e concedia ao governo poderes praticamente ilimitados. Foi redigida pelo jurista Francisco Campos, ministro da Justiça do novo regime, e obteve a aprovação prévia de Vargas e do ministro da Guerra, general Eurico Gaspar Dutra. (WIKIPEDIA: **Constituição Polaca**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o\\_brasileira\\_de\\_1937](https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1937)>. Acesso em 5 abr. 2019)

Após a 2ª (Segunda) Guerra Mundial, motivada pelo trauma aos regimes totalitários e antidemocráticos, a Constituição de 1946 reconheceu, pela primeira vez, expressamente, a instituição do Júri entre os direitos e garantias fundamentais, senão vejamos:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 28 - E mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (Grifos nossos)

Com relação a nova Carta Magna, foi restabelecida a unidade federal legislativa, subtraindo a competência dos Estados para legislar sobre o Tribunal do Júri.

Ademais, há a implementação da apelação quando a decisão dos jurados fosse manifestamente contrária à prova dos autos, dando ao tribunal a possibilidade de anular a decisão dos jurados, ensejando, assim, novo julgamento pelo Júri, que teria outra composição, o que poderia ocorrer somente uma vez.

Em seguida, pode-se observar a Constituição de 1967, durante o Regime Militar, que ratificou tanto o Júri quanto à soberania de seus veredictos. Entretanto, em 1969 se procedeu a uma revisão da Constituição devido à outorga da Emenda Constitucional 01, ocasião na qual a soberania dos veredictos foi novamente retirada da Carta Magna.

Embora tenha retirado a soberania dos veredictos do texto constitucional, a doutrina e a jurisprudência não alteraram o entendimento de que a exigência ainda se mantinha no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse embalo, foi promulgada, em 1988, a famigerada Constituição Cidadão, que devolveu ao Tribunal do Júri a sua identidade plena, reconhecendo-o como manifestação da soberania popular. A grande inovação trazida pela Carta Popular, foi a atribuição do status de garantia fundamental do indivíduo, o que a consolida como cláusula pétrea (também chamada de cláusula de perpetuidade), já que o Tribunal do Júri foi incluído no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, o qual trata de direitos e de deveres individuais

e coletivos e não mais presente no rol dos órgãos do Poder Judiciário, agora presente no artigo 92<sup>159</sup>.

Com base nesse ideário, apontar que o Tribunal do Júri está incluído na Constituição Federal como cláusula pétreia significa dizer que este órgão colegiado não pode ser abolido pelo Poder Constituinte Derivado Reformador, por meio de Emendas à Constituição, até mesmo pelo Constituinte Originário, na percepção da proibição do retrocesso (efeito *cliquet* ou evolução reacionária), ou seja, é a vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito fundamental, admitindo-se, somente, aprimoramentos e acréscimos.

Portanto, o Tribunal do Júri, atualmente, é órgão de natureza constitucional, dotada de competência mínima para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, exercendo uma jurisdição popular, com princípios e regras jurídicas inerentes às suas peculiaridades, sujeito a um regime constitucional único, o que o distingue dos órgãos do Poder Judiciário, sendo uma instituição prevalente no fortalecimento da democratização do sistema justiça, dando voz aos cidadãos, que poderão julgar baseado em suas íntimas convicções, tendo como alicerces os seus ideários, buscando-se sempre a heterogeneidade e a pluralidade de pensamentos.

## 2 - ORGANIZAÇÃO DO JÚRI BRASILEIRO

Conforme dito no capítulo anterior, o Tribunal do Júri, atualmente, possui competência para julgar os crimes dolosos contra a vida e seus respectivos crimes conexos, sendo inserido no rol de direitos e garantias individuais, no artigo 5º da Constituição Federal.<sup>160</sup>

Frise-se que se estabeleceu ao Júri um piso constitucional de atuação e não um rol taxativo. A Carta Magna prevê, no seu art. 5º, inciso XXXVIII, uma regra inafastável. Segundo

<sup>159</sup> Art. 92 da CF/88: "São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016) III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios."

<sup>160</sup> **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:

**XXXVIII** - e reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

esse dispositivo, é do referido Tribunal a delimitação do Poder Jurisdicional para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados.

Essa competência é considerada como "mínima", pois a CF/88 asseverou a competência para julgamento de tais delitos, não havendo proibição da ampliação do rol dos crimes que serão apreciados pelo Tribunal do Júri por via de norma infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível, a título exemplificativo, uma lei federal atribuir ao Tribunal do Júri a competência para julgamento de crimes patrimoniais.

Portanto, embora não possa ser diminuída, por ser cláusula pétreia, pode ser largueada pela legislação ordinária de forma que outros crimes, relacionados a outros bens jurídicos, venham a ser julgados pelo Tribunal Popular, de forma independente.<sup>161</sup>

## 2.1 Noções Introdutórias

O Tribunal do Júri é um órgão do Poder Judiciário de 1ª instância, atuante na Justiça Estadual ou Federal, ressaltando-se que não existe na Justiça Militar ou Eleitoral, tendo em vista a vedação constitucional.

O Poder Constituinte não tratou do tribunal do júri como órgão do Poder Judiciário no artigo 92, tendo em vista que foi deslocado para o rol dos direitos fundamentais da CF/88, presente no artigo 5º, objetivando, como já dito outrora, assegurar o seu papel democrático, além de fincá-lo como cláusula pétreia, não podendo ser extinto, nem mesmo através de emenda constitucional ou através de uma nova constituinte.

O Tribunal do Júri, no âmbito federal, será competente quando houver hipótese de violação ao preceito do artigo 109, inciso IV da CF/88<sup>162</sup>. Portanto, quando as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções, o crime doloso contra a vida será processado no âmbito federal. A ilustração dessa temática está vinculada

<sup>161</sup> **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

<sup>162</sup> Artigo 109, IV da CF/88: "os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;



aos crimes dolosos contra a vida perpetrados em face de funcionário público federal, delito cometido em razão de sua função<sup>163</sup>.

Ademais, o Júri é conhecido por ter como características marcantes: ser um órgão colegiado e heterogêneo. É formado pelo juiz-presidente togado e mais 25 (vinte e cinco) jurados, sendo que 7 (sete) dos quais irão compor o Conselho de Sentença a fim de julgar, no mínimo, os crimes dolosos contra a vida.

Além disso, é temporário, visto que é formado transitoriamente para determinadas sessões, e ao fim, é dissolvido.

O Tribunal do Júri é dotado de soberania quanto às suas decisões/veredictos, tomado com base o sistema da íntima convicção, de forma sigilosa, tendo em vista que os jurados não precisam fundamentar a sua decisão, muito em razão do afastamento da exigência de que os jurados sejam formados em Direito.

## 2.2 Da competência do Tribunal do Júri

É imperioso ressaltar que há muito tempo se afirmava, de forma acertada, que o Tribunal do Júri tinha competência para julgamento dos crimes contra a vida, presentes no Capítulo I, do Título I do Código Penal Brasileiro, quando praticados na modalidade dolosa.

Todavia, o legislador, no ano de 2019, por meio da Lei de nº 13.968/2019, inseriu no artigo 122, a "*prática de induzimento, instigação a alguém para que pratique automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça*", crime que busca preservar essencialmente a integridade pessoal, que é tradicionalmente localizado no artigo 129 do Código Penal. Portanto, mesmo diante de diversas críticas à inclusão do referido delito no rol dos crimes dolosos contra a vida, e mesmo que dentro do Título I, Capítulo I, o supracitado crime é de competência do Juízo Criminal Comum, visto que não corresponde ao mandado constitucional explícito e, portanto, não encontra fundamento no texto infraconstitucional subjetivo.<sup>164</sup>

<sup>163</sup> Vale ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já afastou, diversas vezes, a competência da Justiça Federal para o processamento de delitos cometidos por agentes federais, que não estavam ligados diretamente com a função desempenhada, como é o caso do policial federal que, numa briga de trânsito, a caminho de seu trabalho, disparou arma de fogo em face de outro condutor de veículo automotor (matando-o) e feriu outras duas pessoas (RESE 0001224-85.2018.4.01.4200/RR, j. 25/06/2019)

<sup>164</sup> MASSON, Cleber: "O crime previsto no artigo 122, CP, é de ação penal pública incondicionada em todas as suas formas (inteligência do artigo 100, CP). Como visto, com a inclusão indevida da automutilação em um crime doloso contra a vida ao invés de alocar tal conduta no crime de lesão corporal, surge uma alteração na competência para o processo e julgamento das figuras do artigo 122, CP.". Manifestação presente no site: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/01/16/induzimento-instigacao-e-auxilio-ao-suicidio-ou-automutilacao-nova-redacao-dada-pela-lei-13-96819-ao-artigo-122-codigo-penal/>

### 2.3 Competência Territorial do Júri

Três são as perspectivas para se estabelecer o local do crime: a) teoria da atividade, segundo a qual o lugar do crime é aquele em que se deu a ação ou omissão, não importando em que local ocorreu o resultado; b) teoria do resultado, que informa que o local da infração é aquele onde se produziu o resultado, não interessando onde se deu a conduta do agente; e c) teoria da ubiquidade, a qual define como local da infração tanto aquele onde se deu a conduta quanto aquele onde se produziu o resultado.

A respeito do delineamento da competência do Tribunal do Júri é definida de acordo com as regras gerais de competência previstas na legislação pátria. Anota-se que a regra geral do processo penal brasileiro é de que a competência para processamento dos crimes é a do local onde crime se consumou ou, no caso de tentativa, o último ato de consumação infração penal, sendo, portanto, aplicada a teoria do resultado.

De forma diversa, segundo a doutrina e a jurisprudência pátrias, quando o resultado morte se verifica em local diferente daquele que ocorre a conduta do agente (crimes plurilocais), a competência para processar o crime doloso contra a vida possui regramento específico, tratando-se competente o local da infração penal, ou seja, é competente para processar e julgar o crime o juízo do local em que ocorreu o fato delituoso, aplicando-se, a teoria da atividade<sup>165</sup>. Argumenta-se aqui, que a escolha do legislador pela teoria da atividade tem como objetivo privilegiar a verdade real, facilitando-se a colheita de prova, bem como a garantia de uma efetiva resposta à sociedade do local em que o crime foi executado, eis que naturalmente mais interessada na sua punição.

Nesse sentido, temos a doutrina de Guilherme Nucci:

“(...) é justamente no local da ação que se encontram as melhores provas (testemunhas, perícia etc.), pouco interessando onde se dá a morte da vítima. Para efeito de condução de uma mais apurada fase probatória, não teria cabimento desprezar-se o foro do lugar onde a ação desenvolveu-se somente para acolher a teoria do resultado. Exemplo de ilogicidade seria o autor ter dado vários tiros ou produzido toda a série de atos executórios para ceifar a vida de

---

<sup>165</sup> Trata-se aqui de aplicação da Teoria do Esboço do Resultado, que significa: nos casos de crimes plurilocais, infrações penais em que a ação e o resultado ocorrem em lugares diversos, porém ambos dentro do território nacional, o artigo 70 estipula que a competência deve ser regida pelo lugar em que se produziu o resultado. Todavia, de acordo com o princípio do esboço do resultado, nesses casos de crimes plurilocais, a competência em razão do lugar deve ser determinada não pelo local em que ocorreu o resultado, mas sim pelo local em que a conduta foi praticada, pois facilitaria a produção de prova e o efeito intimidatória da pena seria potencializado.

alguém em determinada cidade, mas, unicamente pelo fato da vítima ter-se tratado em hospital de Comarca diversa, onde faleceu, deslocar-se o foro competente para esta última. As provas teriam que ser coletadas por precatória, o que empobreceria a formação do convencimento do juiz.” (Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 210).

Esse também é o entendimento pacífico nos Tribunais Superiores, ratificando a ideia de que se deve utilizar a teoria da atividade, em razão das peculiaridades do procedimento dos crimes dolosos contra a vida, como se verifica a seguir:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. LOCAL DA PRÁTICA DOS ATOS EXECUTÓRIOS. OPÇÃO PELA TEORIA DA AÇÃO. FLEXIBILIZAÇÃO PERMITIDA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. DISTRIBUIÇÃO, A CARGO DA DEFESA, DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA. ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. DESMEMBRAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. CORRÉ DENUNCIADA POR CRIME NÃO DOLOSO CONTRA A VIDA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

I - Como regra, a fixação da competência territorial segue a teoria do resultado, sendo determinante o lugar da consumação da infração, ou do último ato executório, nas hipóteses de tentativa (art. 70 do CPP), tendo como critério subsidiário o domicílio do réu (CPP, art. 72). Em hipóteses excepcionais se admite a fixação da competência do local de atos de execução para a facilitação de coleta de provas, a fim de se prestigiar a busca da verdade real.

(...)

III - **A prática dos atos executórios, e a facilidade na colheita das provas para a adequada apuração dos fatos, autoriza, no caso concreto, a flexibilização da teoria do resultado a fim de definir-se a competência para o julgamento do crime contra a vida na comarca de Jales/SP, com o objetivo da busca da verdade real.** (nossos grifos)

(STJ, Recurso em Habeas Corpus 103.972/SP, 5ª Turma, Data do Julgamento: 27/11/2018; Data da Publicação/Fonte DJe: 03/12/2018).

Por outro lado, a competência territorial é relativa e, com isso, pode ser prorrogada em razão da conexão ou da continência.

Com isso, pela leitura do art. 78, inciso I do CPP<sup>166</sup>, na determinação da competência por conexão ou continência, havendo concurso entre a competência do Júri e a de outro órgão de jurisdição comum, prevalecerá a competência daquele.

Ainda, insta salientar que, em caso de desclassificação do delito pelos jurados, na 2ª (segunda) fase do tribunal do júri - *Judicium Causae*, o crime conexo, mesmo que não seja doloso contra a vida, continuará sendo julgado pelo juiz presidente do Tribunal do Júri.

Nota-se, porém, uma exceção à regra: o desaforamento. É entendido como o ato processual restrito aos procedimentos do Tribunal do Júri, capaz de ensejar o deslocamento da competência para um foro alheio ao do crime, de acordo com o art. 427 do CPP<sup>167</sup>. Segundo Victor Eduardo Gonçalves (2012, p. 226), o deslocamento é:

“É tirar o processo do foro em que está para mandá-lo a outro. Trata-se, pois, do deslocamento do processo de um foro para outro, admitido no Processo Penal em quatro hipóteses: por interesse da ordem pública; em razão de dúvida sobre a imparcialidade do júri; em razão de dúvida sobre a segurança pessoal do réu; não realização do julgamento, no período de seis meses a contar da preclusão da pronúncia, em virtude de comprovado excesso de serviço. Por ser medida excepcional, só terá lugar quando houver prova segura da existência de um dos motivos que o justificam”

Assim, é possível o deslocamento da competência territorial do Júri, quando houver necessidade por interesse da ordem pública, quando existir dúvida sobre a imparcialidade dos jurados ou quando for necessário à segurança pessoal do acusado.

---

<sup>166</sup> **Art. 78, I, do CPP:** Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948) I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri; (Redação dada pela Lei nº 263, de 23.2.1948)

<sup>167</sup> **Art. 427.** Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008).

Existe ainda, a possibilidade de prorrogação do foro por demora no julgamento. O art. 428<sup>168</sup>, do mesmo diploma processual, dispõe que o desaforamento poderá ser determinado em razão do comprovado excesso de serviço, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado da preclusão da decisão de pronúncia. Neste caso, antes do Tribunal determiná-lo, devem ser ouvidos o juiz presidente e a parte contrária.

## 2.4 Fases do Júri

O procedimento previsto para os crimes dolosos contra a vida é bifásico ou escalonado.

A 1ª (primeira) fase do rito, a *Judicium Accusationis*, agora chamada de instrução preliminar, inicia-se com a denúncia apresentada pelo membro do *Parquet* (ou assistente de acusação, nas hipóteses legais) e encerra-se com a decisão de pronúncia. Já a segunda fase do tribunal do júri, chamada de *Judicium Causae*, parte da decisão de pronúncia e termina com a sentença prolatada pelo Juiz Presidente, tendo por base a decisão final do Conselho de Sentença.

### 2.4.1 *Judicium Accusationis*/Sumário de Culpa

A 1ª (primeira) fase tem o condão de apurar a existência mínima de indícios de autoria e a existência de materialidade. A meta essencial dessa etapa é impedir que o sujeito seja levado ao Conselho de Sentença sem que haja um lastro probatório mínimo que viabilize um julgamento. Sua finalidade é, portanto, exclusivamente processual.

Tem como marco inicial o oferecimento da peça acusatória, podendo o juiz aceitar ou rejeitá-la, de acordo com o Código de Processo Penal.

Com o recebimento da denúncia, o magistrado togado ordenará a citação do acusado para oferecer resposta à acusação no prazo de 10 (dez) dias.

Nessa peça defensiva, o acusado poderá arguir preliminares, oferecer documentos, especificar as provas pretendidas e arrolar até no máximo 8 (oito) testemunhas. Ainda, deverá requerer as diligências que entender cabíveis, sob pena de preclusão temporal, não lhe sendo mais lícito fazê-lo.

Em seguida, o juiz ouvirá o Presentante do Ministério Público, a respeito das preliminares e dos documentos, ocasião na qual o *Parquet* representará pela Audiência de

---

<sup>168</sup> **Art. 428.** O desaforamento também poderá ser determinado, em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

Instrução e Julgamento (AIJ). Com isso, o juiz marcará dia e hora para a realização da audiência, em que será realizada a inquirição das testemunhas.

Com o início da AIJ, toma-se, em primeiro lugar, as declarações do ofendido (se possível). Depois, proceder-se-á a inquirição das testemunhas, de acusação e de defesa, nesta ordem. Se for necessário, ocorrerão os esclarecimentos dos peritos e as acareações, em caso de depoimentos conflitantes.

Ao final, será realizado o interrogatório do acusado, podendo, entretanto, optar por permanecer em silêncio a respeito dos fatos. O interrogatório é considerado meio de defesa e é ato personalíssimo, pois somente o próprio réu pode ser interrogado, não sendo admitida qualquer representação.

Dado o fim do interrogatório e demais diligências, abre-se a oportunidade para que haja as alegações finais, as quais deverão, em regra, serem orais. Trata-se do último ato processual em que as partes manifestam-se em audiência, devendo abordar todas as questões jurídicas e fáticas, procurando demonstrar o acerto de suas teses. É nela, que tanto a acusação quanto à defesa devem arguir todas as nulidades sanáveis que existirem nos autos.

Ao final da primeira fase, o juiz competente poderá decidir da seguinte forma: absolvendo sumariamente o réu, nos termos do art. 415 do CPP<sup>169</sup>, pronunciando, impronunciando ou desclassificando o delito.

A decisão de absolvição sumária ocorre quando o magistrado julga o mérito dando fim à pretensão punitiva do estado, conseqüentemente, favorecendo o réu.

Já a decisão de pronúncia, é aquela que reconhece a admissibilidade da acusação feita pelo Ministério Público, declarando a necessidade do réu se submeter a julgamento pelo Plenário do Júri, quando o magistrado entende estarem presentes indícios de autoria e prova de materialidade. Com base nisso, o magistrado não pode adentrar no mérito da causa, sob pena de quebra da imparcialidade.

---

<sup>169</sup> Art. 415 do CPP: "O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: I – provada a inexistência do fato; II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato; III – o fato não constituir infração penal; IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimizabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.



Como a decisão de pronúncia é prolatada no curso do processo, ao final da primeira fase do rito bifásico, possui natureza jurídica de decisão interlocutória mista não terminativa, eis que não encerra o processo, somente uma fase do procedimento<sup>170</sup>.

A lei exige dois requisitos indispensáveis para a prolação da decisão de pronúncia: materialidade do fato e indícios suficientes de autoria ou de participação. Essa existência do crime pode ser comprovada não só pela materialidade atestada no laudo de exame cadavérico, mas também por qualquer meio idôneo de prova admitida no direito.

Nesse diapasão, é possível, inclusive, que haja processo e conseqüentemente, julgamento do acusado mesmo que não seja encontrado o corpo da vítima (materialidade do crime). Isso porque, embora possa não haver prova técnica da morte da vítima, é possível se comprovar a materialidade por outros meios idôneos de prova, eis que o sistema de provas adotado é o do livre convencimento.

A decisão de pronúncia, como é sabido, tem somente por admissível a acusação, sem sobre ela projetar um definitivo juízo de mérito.<sup>171</sup> Cabe ao Juiz, ao proferi-la, exatamente por que razão, abster-se de qualquer manifestação quanto ao mérito da acusação, limitando-se a apreciar os indícios suficientes da autoria e da participação, e materialidade, consubstanciando-se em juízo fundado em probabilidade e não em juízo de certeza exigido para a prolação de juízo condenatório.

Nessa decisão, impera o princípio do *in dubio pro societate*<sup>172</sup>, princípio amplamente criticado pela doutrina especializada, visto que o seu regramento utiliza a dúvida em face do acusado, privilegiando, supostamente, a sociedade, enviando o acusado para o Plenário do Júri.

Recentemente, o próprio Pretório Excelso, por meio do Ministro Gilmar Mendes, sustentou críticas a respeito da utilização do princípio do *in dubio pro societate*, no ARE 1.067.392/CE (publicado em 17/11/2020). Muito embora não tenha abandonado a aplicação do princípio do *in dubio pro societate* na decisão de pronúncia, o STF aponta que se deve adotar a teoria racionalista da prova, na qual não deve haver critérios de valoração das provas rigidamente definidos na lei, no entanto, por outro lado, o juízo sobre os fatos deve ser pautado por critérios de lógica e racionalidade, podendo ser controlado em âmbito recursal ordinário. Para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um

<sup>170</sup> TUBENCHLAK, James. **Tribunal do Júri: Contradições e Soluções**.ed. Saraiva, 1997, p.66.

<sup>171</sup> **Art. 413, §1º.** *Op. cit.*

<sup>172</sup> LUZ, Jefferson Freitas. **O procedimento do júri e o "princípio" in dubio pro societate**. 2019. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/o-procedimento-do-juri-societate> >. Acesso em: 13 maio. 2019.

pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

Utilizando uma linha crítica, Aury Lopes Jr., que compõe parte da doutrina avessa ao princípio do *in dubio pro societate*, leciona que não se pode admitir que juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição para, burocraticamente, pronunciar réus, os levando ao Tribunal do Júri.<sup>173</sup>

Além da decisão de absolvição sumária e pronúncia, há a decisão de impronúncia, utilizada quando não há provas de materialidade ou indícios suficientes de autoria/participação delitiva.

Com a impronúncia, enquanto não extinta a punibilidade, a ação poderá ser proposta novamente pelo *Parquet*, desde que haja prova nova. Trata-se de prova que já existia e não foi apresentada em momento oportuno, ou de provas que surgiram após o encerramento do processo com a decisão de impronúncia.

Sob este prisma, cabe trazer a crítica de Paulo Rangel à decisão de impronúncia.

A decisão de impronúncia não é nada. O indivíduo não está absolvido nem condenado, e pior: nem vai a júri. Se solicitar sua folha de antecedentes, consta o processo "arquivado" pela decisão de impronúncia, mas sem julgamento de mérito. Se precisar de folha de antecedentes sem anotações, não o terá: não obstante o Estado dizer que não há os menores indícios de que ele seja o autor do fato, mas não o absolveu.<sup>174</sup>

Por fim, há decisão de desclassificação, que ocorre quando o juiz presidente, com base no exame da prova dos autos, entende que o crime descrito na denúncia não é doloso contra a vida, ocasião na qual remete os autos ao juiz singular, à disposição do qual ficará o acusado custodiado.

O magistrado deve perceber que a desclassificação ocorrida na 1ª (primeira) fase desnatura o crime doloso contra a vida, dando-lhe nova ou verdadeira feição. Os jurados não podem se reunir para apreciar um crime que não seja de sua competência

<sup>173</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. ed. Saraiva, 12ª edição, p. 792.

<sup>174</sup> RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri – visão linguística, histórica, social e jurídica**. ed. Atlas, 5ª edição, p.162.

constitucional, salvo quando houver conexão entre o crime doloso contra a vida e crime de outra natureza.

Caso a decisão do magistrado seja pela pronúncia do acusado, põe-se fim à fase do juízo de admissibilidade e inicia-se a fase do juízo de mérito.

#### **2.4.2 *Judicium Causae/Juízo da Causa***

Antes da reforma ao CPP, proporcionada pela Lei nº 11.689/08, determinava-se que passada em julgado a decisão de pronúncia, o escrivão deveria dar vista dos autos ao Ministério Público, pelo prazo de 5 (cinco) dias, para oferecer o libelo acusatório: peça exclusiva do Tribunal do Júri, de abertura do *judicium causae*, vinculada à pronúncia, que continha a exposição articulada do fato criminoso.

Após o advento da referida lei, pôs-se fim à figura do libelo. De acordo com a nova diretriz legal, preclusa a decisão de pronúncia, inicia-se a fase das provas a serem produzidas na sessão plenária.

De acordo com o artigo 422 do CPP, o juiz presidente determinará a intimação do *Parquet* e da defesa para, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentarem o rol de testemunhas, oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências.

Com isso, o processo se encontra apto a ser preparado para entrar na fase de julgamento no plenário, devendo então, receber decisão saneadora, com relatório sucinto do processo e com a consequente designação de data para julgamento.

Pode-se dividir a sessão de julgamento em sete etapas: instalação, instrução, debates orais, formulação de quesitos, votação, sentença e lavratura da ata do julgamento.

Quanto à instalação, de acordo com o artigo 453 do CPP, o tempo e o local das reuniões do Júri serão ditados pela lei de organização judiciária local. Portanto, pode variar de Estado para Estado.

Até a abertura da sessão, o magistrado irá analisar e decidir sobre os pedidos de adiamento, se houver, e as justificações de não comparecimento, que deverão ser comunicados de antemão, salvo motivo de força maior.

Se o membro do Ministério Público não comparecer, injustificadamente, o fato será comunicado imediatamente ao Procurador- Geral de Justiça (PGJ) com a data designada para a nova sessão.

Já o adiamento por falta do advogado do acusado, somente ocorrerá, segundo a lei, se o acusado não constituir outro defensor. Se a falta se der injustificadamente, o fato será

imediatamente comunicado ao Presidente da Seccional da OAB, com a data designada para a nova sessão. Todavia, se o não comparecimento se der por escusa legítima, o julgamento será adiado somente uma vez, devendo o juiz intimar, agora, a Defensoria Pública para a nova data.

Outro caso de adiamento da sessão é o não comparecimento do acusado preso, salvo se houver pedido de dispensa de sua presença assinado pelo mesmo e por seu defensor. Isso só ocorre no caso de réu preso, se for solto, a sessão continuará, tendo em vista que o acusado está abrindo mão do *day in court*.

Nesse sentido, a regra é que a ausência do réu não ilide o julgamento, salvo se houver algum vício na sua intimação.

Antes da constituição do Conselho de Sentença, as testemunhas serão levadas para sala em apartado, onde não possam ouvir os seus depoimentos. Tomada essa medida, inicia-se, efetivamente, o sorteio dos jurados.

Para a sessão ocorrer devem estar presentes, no mínimo, 15 (quinze) jurados, sob pena de nulidade do ato. Não havendo esta quantidade, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quanto necessários, designando-se nova data para a sessão do Júri, sendo os nomes dos suplentes consignados em ata.

Estando presentes a quantidade mínima de jurados e definido o objeto de apreciação, proceder-se-á o sorteio. Antes, porém, o magistrado esclarecerá aos jurados sobre os impedimentos, suspeição e as incompatibilidades, explicando-os que, uma vez sorteados, não poderão se comunicar entre si nem com outrem, sendo que a incomunicabilidade será certificada nos autos pelos oficiais de justiça.

No momento do sorteio, poderá haver recusas quanto à escolha dos jurados. A defesa, e depois dela, o Ministério Público, poderão recusar imotivadamente até 3 (três) jurados. Além das recusas imotivadas, as partes poderão se insurgir contra os jurados sorteados, de maneira ilimitada, alegando impedimento, suspeição ou incompatibilidade, os quais serão decididos pelo juiz presidente.

Assim, passa-se imediatamente para a fase de instrução, que se inicia com a distribuição para cada jurado da cópia da pronúncia e, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e a cópia do relatório do processo.

Durante a instrução no plenário, serão inquiridos o ofendido, se possível, e as testemunhas arroladas, podendo, inclusive, os jurados formularem perguntas, as quais

serão lidas pelo magistrado. As partes e os jurados poderão, ainda, requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos.

Após a produção de provas em plenário, será interrogado o réu, momento em que poderão ser formuladas perguntas pelas partes, diretamente, e pelos jurados, por intermédio do juiz presidente.

Com isso, iniciam-se os debates orais, começando pelo Ministério Público e, após, a Defesa, por uma hora e meia para cada um, cabendo o direito à réplica e à tréplica.

Em relação ao manejo das provas durante os debates, cumpre ressaltar que é vedada a leitura de documentos ou qualquer exibição, cujo conteúdo versar sobre a matéria analisada pelos jurados, que não tiverem sido juntados aos autos com a antecedência mínima de três dias, sendo cientificada da juntada a outra parte.

Nessa esteira, durante os debates, as partes não poderão fazer menção: à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento que beneficie ou prejudique o acusado, ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Com o fim dos debates, o julgamento caminha para a deliberação dos jurados, com a conseqüente prolatação do veredicto. Antes da votação, o Juiz Presidente deve indagar aos jurados se necessitam de outros esclarecimentos.

Incumbe ao Conselho de Sentença decidir sobre a matéria de fato e se o acusado deverá ser absolvido.

Para tanto, serão formulados quesitos pelo magistrado, que serão respondidos pelos jurados, atinentes à materialidade do fato, à autoria ou participação, à absolvição do acusado, à existência de causa de diminuição ou de aumento de pena, à existência de qualificadora, além de, eventualmente outros quesitos considerados importantes, como exemplo a desclassificação do crime, a ocorrência do crime na forma tentada, entre outros.

As decisões do Tribunal do Júri serão tomadas por maioria de votos. A resposta negativa de mais de 3 (três) jurados sobre os quesitos de materialidade do fato e de autoria, implica na absolvição do acusado.

Da votação poderão surgir os seguintes resultados: a desclassificação para outro crime sem ser doloso contra a vida, a absolvição ou a condenação.

No caso da desclassificação, continua sendo competência do Juiz Presidente do Tribunal do Júri proferir a sentença, em razão da perpetuação da jurisdição.

Ocorrendo a absolvição, o juiz mandará colocar em liberdade o acusado preso ou, se por outro motivo não estiver preso, revogará as medidas restritivas provisoriamente decretadas e imporá, se for o caso, a medida de segurança cabível.

No caso de condenação, fixará a pena-base, considerando as circunstâncias atenuantes e agravantes, e as alegações das partes, imporá os aumentos e diminuições de pena e determinará o jornal em que será publicada a sentença.

Elaborada a sentença, esta deverá ser lida em plenário antes de encerrar a sessão. Ao final da mesma, o escrivão lavrará a ata dos trabalhos, que deverá ser assinada pelo juiz presidente e pelas partes. Lida a sentença, será declarado o encerramento da sessão.<sup>175</sup>

Portanto, conclui-se o procedimento do Júri, englobando as fases do *judicium accusationis* e do *judicium causae*

### **3 - ANÁLISE CRÍTICA À ANTECIPAÇÃO DA EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA NA DECISÃO CONDENATÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI**

Apresentado um breve percurso histórico sobre o surgimento do Tribunal do Júri e seus aspectos processuais de funcionamento no Brasil, faz-se necessária agora uma análise crítica com relação ao ponto central deste trabalho, qual seja: a execução antecipada da pena quanto às decisões condenatórias provisórias decorrentes do Tribunal do Júri.

A grande crítica ao entendimento perpassa pela utilização, há tempos, de alguns julgados no sentido de permitir a execução antecipada da pena, contribuindo para a alteração da legislação processual penal (inserção trazida pelo Pacote Anticrime), permitindo a execução antecipada da pena no Júri em determinados casos, que serão abordados a seguir.

#### **3.1 Críticas gerais à execução antecipada da pena do Júri**

O Tribunal do Júri, como já apontado nesta monografia, é uma instituição que foi incorporada ao direito pátrio tendo grande influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros, notadamente aos institutos presentes nos sistemas europeus. Ademais, verifica-se que o Júri possui assento na atual Constituição Federal no artigo 5º, XXXVIII, com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e seus respectivos crimes conexos. Nesse sentido, o Tribunal do Júri trata de uma garantia do acusado e da

---

<sup>175</sup> **Art. 493.** A sentença será lida em plenário pelo presidente antes de encerrada a sessão de instrução e julgamento.



sociedade, buscando-se proteger o bem jurídico mais caro penalmente, que é a vida humana.

Na legislação processual penal, o procedimento específico quanto ao Júri está previsto nos artigos 406 ao 497, sendo que a Lei 13.964/2019 (famigerado Pacote Anti Crime) alterou substancialmente o artigo 492 e seus respectivos parágrafos, conferindo nova redação à alínea “e”, do inciso I, com a previsão de que em caso de condenação pelo Tribunal do Júri, quando for aplicada pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, a regra será a execução “provisória”<sup>176</sup> das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

Por outro lado, não podemos deixar de anotar a disposição prevista no §4º do artigo 492<sup>177</sup>, que menciona que o recurso de apelação interposto nos casos de condenação igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo, prevendo igualmente, no §5º do artigo 492 do CPP<sup>178</sup>, a possibilidade de concessão do efeito suspensivo em situações excepcionais, desde que o recurso preencha cumulativamente: não tenha propósito meramente protelatório e levante questão substancial e que possa resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.

Entretanto, mesmo com a possibilidade de concessão do efeito suspensivo, sendo uma disposição coerente com o que se vê no caput do artigo 492, não nos parece adequado afastar a regra geral de que o recurso de apelação possui efeito suspensivo, notadamente quanto à banalização do princípio constitucional da presunção de inocência

---

<sup>176</sup> A palavra “provisória” está escrita entre as aspas, tendo em vista que, muito embora o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça utilizem essa expressão, há doutrina que aponta que o correto seria a utilização da expressão “execução antecipada das penas”. Com base nesse entendimento, Rodrigo Roig ensina: “Em diversos casos a pessoa presa possui contra si uma condenação ainda não definitiva e, em razão do decurso de lapso temporal e de bom comportamento carcerário, já possui algum dos direitos da execução penal (ex.: progressão de regime, livramento condicional e etc.). Para estes, deve-se aplicar a **execução provisória da pena** (com a interpretação do art. 105 à luz do parágrafo único do art. 2º da própria LEP), de modo que possam requerer seus direitos junto ao juízo encarregado da execução. Importante salientar, nesse sentido, que a execução provisória da pena para beneficiar réus presos não se confunde com a expedição de mandado de prisão e guia de recolhimento, antes do trânsito em julgado, em desfavor daqueles réus que se encontram soltos durante o processo (também chamada pela jurisprudência de “execução provisória da pena”). Esta última – que teria como melhor nomenclatura **execução antecipada de pena** – ofende o princípio da presunção de inocência, sendo inadmissível (STF, HC 84.078/MG; STJ, HC 268.124/SP, 6ª T., j. 11-6-2013).” **Nossos Grifos.**

<sup>177</sup> “art. 492, §4º do CPP: A apelação interposta contra decisão condenatória do Tribunal do Júri a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão não terá efeito suspensivo.”

<sup>178</sup> § 5º Excepcionalmente, poderá o tribunal atribuir efeito suspensivo à apelação de que trata o § 4º deste artigo, quando verificado cumulativamente que o recurso: I - não tem propósito meramente protelatório; e II - levanta questão substancial e que pode resultar em absolvição, anulação da sentença, novo julgamento ou redução da pena para patamar inferior a 15 (quinze) anos de reclusão.”

e do devido processo legal, que serão abordados com mais verticalidade no próximo tópico.

### **3.2 Da constitucionalidade do artigo 283 do CPP e consequente inconstitucionalidade e inconveniência da execução antecipada da pena - ADC's 43, 44 e 54.**

O STF decidiu, em votação apertada (6×5), que a execução antecipada da pena privativa de liberdade contraria os preceitos presentes na CF/88, notadamente quanto à presunção de inocência e a necessidade de aguardar o trânsito em julgado (fim de todos os recursos cabíveis) para que haja a execução da pena.

Entretanto, deve-se apontar que essa decisão não apreciou especificamente o tema da execução antecipada da pena em relação às decisões decorrentes do Tribunal do Júri, porém é um entendimento importante para se utilizar como paradigma com relação às decisões prolatadas no procedimento relativo aos crimes dolosos contra a vida e crimes conexos, até mesmo para não se privilegiar comportamentos contraditórios por parte dos Tribunais Superiores.

Ainda, importa realçar que antes mesmo do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade de nº 43, 44 e 54, havia precedente da 1ª (primeira) Turma do STF (HC 118.770, com publicação de 07/03/2017)<sup>179</sup>, de relatoria de Luís Roberto Barroso, que possui posição tradicional de acordo com a possibilidade de execução antecipada da pena, ou seja, no sentido de que a prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.

No entanto, vale constar que a 2ª Turma do STF, após a decisão da 1ª Turma, manifestou-se sobre o tema, no julgamento do HC de n.º 163.814, em 19/11/2019, publicado no Informativo 960. Aponta, diferente da 1ª Turma, que não é possível a execução antecipada da pena, mesmo em caso de condenações pelo Tribunal do Júri. Vale ainda lembrar que a questão não foi decidida pelo plenário do STF, nem em sede de processo objetivo, mas no bojo de processo subjetivo (*habeas corpus*). Ratificando esse último entendimento do STF, o Tribunal da Cidadania também se manifestou pela impossibilidade da execução antecipada da pena, conforme decidido no HC de n.º 540.578, de relatoria do brilhante Ministro Jorge Mussi.

Portanto, verifica-se que a alteração legislativa promovida pelo Pacote Anticrime é uma verdadeira reação legislativa ao entendimento mais recente do Pretório Excelso, uma

---

<sup>179</sup> Um dos argumentos centrais de Luís Roberto Barroso é alicerçado na impossibilidade de a segunda instância (TJ's e TRF's) de apreciar o mérito do julgamento, salvo em casos excepcionais. Ademais, afirma que a plenitude de defesa é algo que não se repete nas fases recursais.

vez que, muito embora possua alicerce no entendimento de determinados ministros do STF, choca-se com o entendimento da maioria da jurisprudência, visto que abre mão do princípio basilar da presunção de inocência, permitindo que por meio de decisão de 1ª instância se execute antecipadamente a pena, levantando o manto da presunção de inocência, subvertendo o entendimento consolidado nas ações objetivas de constitucionalidade. Utiliza-se, portanto, *data maxima venia*, a soberania dos veredictos de forma equivocada, como um escudo punitivista para possibilitar a execução imediata da pena.

### **3.3 Da violação ao estado de inocência e ao duplo grau de jurisdição e a interpretação equivocada da soberania dos veredictos em detrimento do estado de inocência.**

A possibilidade de execução antecipada da pena no Tribunal do Júri autoriza a possibilidade de que um órgão de 1º (primeiro) grau - *embora colegiado* – estipule o cumprimento imediato de pena de uma pessoa, subvertendo a lógica já apurada pelo STF.

A primeira vista, tal entendimento desconstrói à máxima do estado de inocência, direito fundamental presente na Constituição Federal<sup>180</sup> e na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>181</sup>.

Vale instar que a presunção de inocência também está presente em diversos diplomas normativos globais, tais como: Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1798<sup>182</sup>; Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (DUDH)<sup>183</sup>; Convenção Europeia de Direitos Humanos<sup>184</sup>; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP)<sup>185</sup>; e notadamente, como já apontado, na (CADH).

Além disso, a execução antecipada da pena também afronta o princípio do duplo grau de jurisdição, que está implicitamente prevista na Constituição Pátria de 1998, no

---

180 Art. 5º, LVII da CF/88- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

181 CADH, art. 8.2: Toda pessoa de direito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove a sua culpa.

182 "9º Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

183 "XI.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa".

184 "6.2 Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada".

185 "Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida".

artigo 5º, inciso LV<sup>186</sup>. Muito embora não haja previsão legal expressa na Carta Magna, há previsão do referido princípio na CADH, no artigo 8º, item 2, alínea H<sup>187</sup>, bem como na DUDH<sup>188</sup>.

Portanto, por não ser uma decisão irrecorrível, podendo ser impugnada por meio do recurso de apelação, verifica-se que, mesmo diante de uma decisão colegiada, podemos estar diante de uma condenação injusta, tal ideia de fragilidade das decisões exaradas por juízes leigos está presente no artigo 593, inciso III, alínea “d” do CPP, que preleciona: “*Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.*”. Essa disposição não é por acaso, não estando presente em mais nenhum procedimento no CPP, muito menos nas leis extravagantes.

Logo, permitir que um sujeito condenado pelo Plenário do Júri tenha a pena executada imediatamente, trata, não só de violação aos direitos fundamentais do acusado, como também de afronta a toda à sociedade, que pode se deparar com um cumprimento antecipado de pena durante anos, visto que o recurso impugnativo da decisão condenatória pode levar décadas para ser apreciado.

A esse fato se soma outra problemática: e se o acusado for absolvido pelo Tribunal de Justiça/Tribunal Regional Federal anos após o início do cumprimento antecipado da pena? O que fazer?

A princípio surgem 2 (duas) alternativas que são taxativamente renegadas pelos Tribunais Superiores. A primeira seria utilizar o tempo de cumprimento antecipado de pena aos eventuais crimes cometidos posteriormente, o que significa dizer que estaríamos diante da “detração da pena”. A ideia não é aceita pelo STJ, que leciona:

A Turma reiterou o entendimento de que se admite a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente à prisão cautelar proferida no processo do qual não resultou condenação. Contudo, nega-se a detração do tempo de

<sup>186</sup> Art. 5º [...] da CF/88: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”.

<sup>187</sup> Art. 8º, 2º, h: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.”.

<sup>188</sup> XI.1: “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público, no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.”.

recolhimento quando o crime é praticado posteriormente à prisão provisória, para que o criminoso não se encoraje a praticar novos delitos, como se tivesse a seu favor um crédito de pena cumprida. (REsp 687.428-RS, DJ 5/3/2007. HC 155.049-RS, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ-SP), julgado em 1º/3/2011).<sup>189</sup>

A 2ª (segunda) alternativa perpassa pela possibilidade de conceder ao acusado uma indenização pelo tempo que cumpriu a pena antecipadamente que não foi ratificada pela 2ª instância. Se for aplicar, por analogia, a jurisprudência atual sobre prisão preventiva, o que os Tribunais afirmam é que se a pessoa foi presa preventivamente e depois, ao final, restou absolvida, ela não terá direito, em regra, à indenização por danos morais, salvo situações excepcionais, conforme se vê a seguir:

(...) O dano moral resultante de prisão preventiva e da subsequente sujeição à ação penal não é indenizável, ainda que posteriormente o réu seja absolvido por falta de provas. Em casos dessa natureza, ao contrário do que alegam as razões do agravo regimental, a responsabilidade do Estado não é objetiva, dependendo da prova de que seus agentes (policiais, membros do Ministério Público e juiz) agiram com abuso de autoridade. (...) STJ. 1ª Turma. AgRg no AREsp 182.241/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 20/02/2014.

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes.

1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados, na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante

<sup>189</sup> Pontua-se que a Defensoria Pública, tradicionalmente, defende que a detração da pena também serve para as prisões processuais de crimes realizados posteriormente ao crime da execução penal, sob os argumentos: A absolvição ou a extinção da punibilidade deverá ser utilizada como uma forma de indenizar o apenado pelo erro judiciário, como é o caso de preso por tempo superior a sua condenação; É possível que haja compensação, tendo em vista que está em jogo o mesmo bem jurídico: a liberdade individual; Subsidiariamente, deve-se aplicar o fato como atenuante genérica ou inominada no artigo 66 do Código Penal.



foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias fáticas do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula nº 279/STF.

2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 3. Agravo regimental não provido. STF. 1ª Turma. ARE 770931 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 19/08/2014.

Ademais, observa-se que um dos argumentos mais utilizados para sedimentar a alteração legislativa que permitiu a execução antecipada nas condenações com pena privativa de liberdade igual ou superior a 15 (quinze) anos é de que a decisão dos jurados está acobertada pelo manto da soberania dos veredictos, que significa, segundo Fernando Capez, a impossibilidade de o tribunal técnico modificar a decisão dos jurados pelo mérito. Afirma, ainda, que é um princípio relativo, haja vista que no caso da apelação das decisões do Júri pelo mérito, se entender que a decisão dos jurados afrontou manifestamente a prova dos autos, o Tribunal pode anular o julgamento e determinar a realização de um novo<sup>190</sup>.

Todavia, tal entendimento demonstra total incompatibilidade com o processo penal democrático, visto que realiza uma interpretação equivocada do dispositivo, que está enraizado no art. 5º, inc. XXXVIII, CF/88, sendo, na verdade, uma garantia constitucional imposta em favor do réu para assegurar o julgamento deste pelos seus pares. Dito de outra forma, a soberania do julgamento pelo Júri, assim como o instituto do trânsito em julgado, é uma garantia individual do réu e está a serviço dele e não contra ele, diferente de como alguns doutrinadores tentam pregar.

Assim sendo, a soberania dos veredictos não é um privilégio, mas sim um fundamento de garantismo de direitos, que não pode ser travestido de argumento de autoridade para prejudicar o acusado, notadamente quanto à possibilidade ou não da execução cautelar da pena, não havendo arcabouço sustentar que o bem jurídico protegido (vida humana) permitiria que a execução antecipada da pena fosse permitida excepcionalmente no rito especial do Júri.

---

<sup>190</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 535.



#### 4. CONCLUSÃO

Por todo exposto, após esmiuçar a construção histórica do Tribunal do Júri, além de trazer as características, apresentar todo o procedimento e apontar críticas, chega-se à conclusão acerca da inconstitucionalidade e da inconveniência da execução antecipada das decisões condenatórias advindas do Tribunal do Júri.

Inobstante as várias críticas apontadas, importa reconhecer a consolidação do Tribunal do Júri como um mecanismo de resposta à demanda da participação popular na Justiça Criminal. Todavia, por se tratar de corpo leigo de jurados, verifica-se a maior possibilidade de influência da opinião popular. Pode-se, assim, afetar o julgamento que prima pela imparcialidade, de forma que alguns doutrinadores, inclusive, sustentam o fim do rito como é hoje, conforme aponta, por exemplo, Aury Lopes Júnior em um dos seus argumentos para a reforma do procedimento dos crimes dolosos contra a vida:

“O golpe fatal no júri está na absoluta falta de motivação do ato decisório. A motivação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado. Essa qualidade na aquisição do saber é condição essencial para legitimidade do atuar jurisdicional. A decisão dos jurados é absolutamente ilegítima porque carecedora de motivação. Não há a menor justificação (fundamentação) para seus atos. Trata--se de puro arbítrio, no mais absoluto predomínio do poder sobre a razão, absolutamente incompatível com o nível de evolução civilizatória do processo penal, pois poder sem razão é prepotência. A situação é ainda mais grave se considerarmos que a liberdade de convencimento (imotivado) é tão ampla que permite o julgamento a partir de elementos que não estão no processo. A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento. Isso significa um retrocesso ao Direito Penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.

Enfim, é o decisionismo (anti-democrático) levado ao extremo, a uma dimensão absolutamente inadmissível.”

A discussão da reforma do rito júri recrudescer ainda mais a importância do estudo da execução antecipada da pena decorrente das decisões tomadas pelo corpo de jurados formado na Sessão Plenária de Julgamento. Revisitar essa temática nos causa preocupação, tendo em vista o cenário político-histórico que vivemos. O desrespeito às garantias individuais e coletivas virou uma tônica, que, no caso, é exemplificada por um dos princípios mais caros para a nossa democracia: a presunção de inocência.

Portanto, não podemos perder de vista as bases que possibilitaram a construção da presunção de inocência, que é um princípio de elevado potencial político e jurídico, o qual revela a opção ideológica do processo penal democrático que se tem, tendo em vista que está umbilicalmente vinculado com a adoção de um sistema processual penal acusatório, afastando-se o sistema inquisitório. A sua concretização se revela como verdadeira regra de tratamento, como carga probatória e na máxima do *in dubio pro reo*, que nem mesmo a alteração legislativa infraconstitucional pode afastar.

Com base nisso, observamos a flagrante inconstitucionalidade dos dispositivos presente no artigo 492, §§§ 4º, 5º e 6º, que subvertem a dinâmica processual aqui destrinchada, conflitando com a presunção de inocência e com o devido processo legal, além de também entrar em choque com diversos dispositivos internacionais em que o Brasil ratificou, depositou e promulgou, como é o caso da CADH, que possui caráter supralegal, levando a conclusão de que os dispositivos também estão maculados com a pecha de inconveniência.

Observa-se como uma luz no fim do túnel, o STJ vem decidindo pela inaplicabilidade da antecipação automática da pena aplicada em Plenário, quando o réu respondeu ao processo em liberdade, até o trânsito em julgado da condenação, enquanto o STF não concluir o julgamento sobre as hipóteses de execução antecipada de pena por condenação no Tribunal do Júri, como se observa no (HC nº 649.103 - ES (2021/0062503-0), Relatoria Antônio Saldanha Palheiro).

Logo, diante das conclusões aqui mencionadas, é importante que o STF se debruce o mais rápido possível acerca da constitucionalidade, convencionalidade e legalidade dos dispositivos acima apontados, visto que a possibilidade de execução antecipada da pena diante do julgamento de um colegiado de 1º grau distorce não só as regras básicas do direito processual penal democrático, como também abre caminho para modificações legislativas que irão relativizar ainda mais direitos que há muito tempo foram conquistados por incansáveis lutas.

## REFERÊNCIAS

GIACOMOLLI, Nereu José. O Devido Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2015.

WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. Madri: Editorial Trotta, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. Disponível aqui. Acesso em: 28 ago. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MARQUES, José Frederico. *A Instituição do Júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STOCO, Rui. *Crise existencial do júri no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 664.

JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. *Tribunal do Júri: implicações da Lei 11.689/08*. ed. Juruá, 2015.

BARBOSA, RUI. *O júri sob todos os aspectos*. LYRA FILHO, Roberto; SILVA, Mário César da (Orgs.). Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1950.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do Júri: Contradições e Soluções*.ed. Saraiva, 1997.

RIVAROLA, Rodolfo. *La justicia en lo criminal. Organización y procedimiento*. Buenos Aires: Ed. F. Lajouane, 1899.

PAIVA, Caio Cezar. HEEMAN, Thimotie Aragon. Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos. 4ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: Teoria Crítica. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016

TEIXEIRA, Alessandra. Prisões da Exceção: Política Penal e Penitenciária no Brasil Contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2009.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários Ao Código de Processo Penal*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976, v.1.

CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *O advogado no tribunal do júri: o exercício da advocacia, o tribunal do júri, o direito de defesa, a teoria e a prática, a atuação do advogado, o segredo das grandes vitórias*. São Paulo: Saravia, 1989.

VON IHERING, Rudolf. *A evolução do Direito*. Ed. Progresso, 1953.

Defesa de Alexandre Nardoni e Anna Jatobá pede anulação do júri no STF". Disponível em: <<https://noticias.band.uol.com.br/noticias/100000906503/defesa-de-alexandre-nardoni-e-anna-jatoba-pede-anulacao-do-juri-no-stf.html>> . Acesso em: 18 jun. 2019.

CARLOTTO, Daniele. *Um olhar sobre o Tribunal do Júri Norte- Americano*. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/um-olhar-sobre-o-tribunal-do-juri-norte-americano/>>. Acesso em: 24 jun. 2019.

JOSÉ DOS REIS, Wanderlei. *O Júri no Brasil e nos Estados Unidos*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23474/o-juri-no-brasil-e-nos-estados-unidos>> . Acesso em: 24 jun. 2019.

## **CONSTELAÇÃO FAMILIAR: DEFINIÇÃO E SUA INTRODUÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO**

**PAULO ROBSON MARTA DA SILVA:** Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático.

**JULIANA CORRÊA**<sup>191</sup>

**RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS**<sup>192</sup>

(coautores)

**RESUMO:** O presente artigo aborda a importância das práticas das constelações familiares, criadas por Bert Hellinger, a sua conceituação e como são utilizadas na resolução de conflitos sociais. Tais práticas elucidam importantes fatores comportamentais que estão vinculados ao surgimento de problemas ou conflitos, de modo que são corrigidos os emaranhamentos vivenciados pelas pessoas e são trazidos ao bojo familiar a sensação agradável de equilíbrio e paz. Será destacado na pesquisa que o juiz Sami Storch foi pioneiro a trazer o método das constelações familiares ao Brasil, sendo usado inicialmente em 2012, na Bahia. Saliente-se que foi efetivada uma pesquisa científica descritiva e analítica, e foram realçadas as fundamentações de especialistas na área de estudo com vistas ao alcance dos objetivos da pesquisa. Por fim, foram externadas as referências utilizadas no desenvolvimento do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Constelação familiar. Poder Judiciário. Resolução. Conflitos.

---

<sup>191</sup> Especialista em Gestão, Supervisão e Orientação Escolar. Servidora pública do Estado do Tocantins.

Licenciada e Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual do Mato Grosso (UEMT). Assessora jurídica no Departamento Estadual de Trânsito do Tocantins (DETRAN/TO). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

<sup>192</sup> Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

**ABSTRACT:** This article discusses the importance of family constellations practices, created by Bert Hellinger, their conceptualization and how they are used in the resolution of social conflicts. Such practices elucidate important behavioral factors that are linked to the emergence of problems or conflicts, so that the entanglements experienced by people are corrected and the pleasant feeling of balance and peace is brought to the family bulge. It will be highlighted in the research that Judge Sami Storch was pioneer in bringing the family constellations method to Brazil, initially being used in 2012, in Bahia. It should be noted that a descriptive and analytical scientific research was carried out, and the ideas of specialists in the area of study were highlighted with a view to achieving the research objectives. Finally, the references used in the development of this work were externalized.

**Keywords:** Family Constellation. Judicial System. Resolution. Conflicts.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2.Principais Aspectos das Constelações Familiares. 3. Considerações finais. 4. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A técnica de constelação familiar foi desenvolvida e introduzida na sociedade pelo psicanalista Bert Hellinger, nascido na Alemanha em 1925. Além da formação anteriormente mencionada, Bert Hellinger também estudou filosofia, teologia e pedagogia. A aludida técnica foi considerada uma formação para a vida e o levou a ser reconhecido como uma personalidade importante no atual universo psicoterapêutico (HELLINGER SCHULE, 2021).

A prática da constelação familiar se destacou pelos resultados alcançados e por não ser consubstanciada em uma técnica engessada que seguia uma fórmula aprendida, procedente de uma solicitação de ajuda, e usada da mesma forma para todos. Diante disso, a constelação familiar se caracteriza por ser uma habilidade singular, de ver e encarar tudo como é, exatamente como é mostrado e compreendido.

Vista e introduzida inicialmente dentro da vivência familiar, as constelações familiares ajudam a esclarecer as teias que ligam a vida e o destino de membros da mesma família e grupo familiar, bem como os resultados e os efeitos trazidos por meio da consciência humana, que, quando expostos à luz da percepção da própria existência, despontam emaranhamentos e divergências.

Surgem, então, duas etapas de trabalho a serem exploradas: o envolvimento e a solução. Nessa esteira, quando, na família e/ou grupo familiar, existe um inevitável sentimento de vínculo e compensação percebido por todos, em que não se permite a exclusão de ninguém ali inserido, fica visível que houve uma identificação e representação



inconsciente de alguém daquele mesmo grupo familiar que foi anteriormente excluído e agora é manifestado por membros ulteriores desta família. Tal situação é chamada de envolvimento.

Logo, quando esse emaranhamento é compreendido e trabalhado, os atuais pertencentes a esse grupo familiar com conflitos veem os excluídos como integrantes da família e dão a eles um lugar de amor, respeito e pertencimento, de modo a reparar os danos que foram provocados a eles, a quebrar o ciclo e a dar uma solução aos conflitos. Nesse contexto, constata-se que, no grupo familiar, prevalece a lei de igualdade de todos e a importância de cada um em prol da família. Importante registrar que, nesse ambiente, todos os envolvidos são indispensáveis e inesquecíveis.

Portanto, as etapas de envolvimento e de solução são consideradas por Bert Hellinger como “Ordens do Amor”, que realçam os sentimentos existentes em um contexto familiar e reparam a culpa por meio da cura amparada em um mecanismo de compensação de sensações.

Acresce-se que alguns desses emaranhamentos ganharam dimensões indomináveis e alcançaram a esfera jurídica, necessitando de intervenções ou ajustes compatíveis de acordo com o caso concreto em análise. Sob esse prisma, as constelações familiares começaram a ser trabalhadas no Sistema Judiciário da Bahia em 2012 por meio dos ensinamentos e da didática do juiz Sami Storch.

## **2. PRINCIPAIS ASPECTOS DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES**

Preliminarmente, importante sublinhar que a percepção da necessidade e o início das constelações familiares se materializam por meio dos emaranhamentos, já mencionados anteriormente e definidos por Bert Hellinger como, *in verbis*:

Emaranhamento significa que alguém na família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu antes dele. Se, por exemplo, numa família, uma criança foi entregue para adoção, mesmo numa geração anterior, então um membro posterior dessa família se comporta como se ele mesmo tivesse sido entregue. Sem conhecer esse emaranhamento não poderá se livrar dele. A solução segue o caminho contrário: a pessoa que foi entregue para adoção entra novamente em jogo. E colocada, por exemplo, na constelação familiar. De repente, a pessoa que foi excluída da família passa a ser uma proteção para aquela que estava identificada com ela. Quando essa pessoa volta a fazer parte do sistema familiar e é honrada, ela olha afetuosamente para os descendentes. (HELLINGER E HOVEL, 1996, p. 08)

Bert Hellinger consigna a existência de uma consciência de grupo, chamada “consciência de clã”, que permeia todos os membros de um grupo familiar e induz o comportamento dos componentes do referido grupo. Oportuno externalizar, também, que a “consciência de clã” explica o fenômeno do emaranhamento e esclarece os acontecimentos com a família em um nível profundo.

Destarte, não pode haver a visão individualizada de cada ser humano, mas, sim, vê-lo incorporado ao meio que o guia na vida, por meio da força motriz, que é a ação da “consciência de clã”. Importante ressaltar que, quando ocorre a constelação familiar, esse agir se evidencia, sendo trazido à superfície por meio dos representados, de modo a possibilitar a visualização do problema e, por fim, da solução.

O criador das constelações familiares considera tal técnica como um mecanismo baseado em um ritual de cura, com alguns traços de liturgia. Porém, nada é externo, visto que o desdobramento da constelação familiar ocorre durante a sua realização, sem roteiros, apenas deixando-se guiar pelas emoções envolvidas e, assim, a dinâmica vai ganhando intensidade em frente ao constelador e ao constelado.

Conseqüentemente, na constelação familiar, o que estava oculto fica perceptível, o que proporciona a cura e a aceitação, sendo a técnica fenomenologicamente guiada, como é descrito pelo psicanalista Bert Hellinger. Nesse contexto, compreendem-se a realidade e a maneira como ela se apresenta. Em vista disso, todo processo é tratado com bastante precaução e respeito.

Confira os esclarecimentos que se seguem acerca da temática, *in verbis*:

Quando monto a constelação de uma família, cada pessoa que ali se encontra pode sentir exatamente o que se passa nessa família, apesar de os membros verdadeiros se encontrarem bem longe dali. A ordem dessa família repete-se nessa constelação. Através da constelação tenho, repentinamente, acesso a uma realidade que não consigo perceber por meio do pensamento. Algo que estivera oculto vem à luz. Uma vez à vista posso tentar encontrar uma solução. (HELLINGER E HOVEL, 1996, p. 39)

Pertinente exteriorizar que outro fator importante e intrigante corresponde a energia que habita no processo de constelação, o que leva as pessoas escolhidas para a representação (os representantes) a sentir sintomas e emoções reais que são inerentes aos constelados, mesmo sem ter quaisquer conhecimentos sobre eles.

Com efeito, sendo alcançado o objetivo, ou seja, a correção daquilo que estava desalinhado, a ordem é restabelecida e, com ela, a certeza de que tudo ficará em ordem gerando uma sensação de alívio, de paz e recomeço ao constelado.

Pode-se constatar que as práticas de constelações familiares de Hellinger saíram da esfera da psicoterapia e despertaram interesses nas demais áreas, uma vez que evidenciou a compreensão do ser humano como um todo, de maneira holística, que está inserido em grupos, sistemas e relacionamentos multipessoais.

Logo, em 2012, esse método alusivo a constelações familiares foi introduzido na Justiça da Bahia pelo Juiz Sami Storch, que, em 2006, teve o primeiro contato com a aludida técnica em uma terapia pessoal. Sendo assim, ao se tornar magistrado, decidiu empregá-la nos processos de disputas judiciais, obtendo resultados satisfatórios, *ipsis litteris*.

O juiz diz que hoje o judiciário enfrenta muitos desafios com a enorme quantidade de processos que tratam de conflitos intermináveis, que passam de geração em geração. Para ele, buscar soluções diferentes, como Constelação Familiar, é uma maneira de obter melhores resultados judiciais. (MENESES, 2020, p.11)

Por conseguinte, o intuito do método em apreço consiste em instruir as partes envolvidas e levá-los à reflexão do motivo causador do conflito que gerou um processo judicial, para que seja conduzido de forma pacificadora, com ganho para os ambos os lados. Geralmente, as questões familiares conflituosas, como, por exemplo, divórcios litigiosos, violência doméstica, adoção etc., são direcionadas para sessões de constelações familiares.

Segundo Meneses (2020, p. 9), os temas mais presentes nas sessões de constelações familiares no judiciário do País são “dificuldades de relacionamento, mortes na família, separação, tragédia, doenças, problemas financeiros, heranças, traumas e vícios”.

Da mesma maneira que Hellinger aprecia os resultados de seu método em ajudar os envolvidos a resolver os conflitos e a estabelecer a relação com o poder de cura de sua família, o Sistema Judiciário também tem como finalidade a resolução do conflito e a restauração da harmonia entre as partes de forma eficaz e sem traumas. Além disso, o Judiciário busca reduzir os custos, a resolutividade precoce dos casos reunidos com o passar do tempo e os novos adquiridos.

Conforme Sami Storch acredita, apesar do método não ter potencial para aplicação da lei penal, pode atuar significativamente nas reincidências, humanizar o processo e o cumprimento da pena, amenizar as dores das vítimas, eliminar os emaranhados sistêmicos e estimular o entendimento da realidade pelos agressores. Confira, textualmente:

A Constelação Familiar aplicada no Poder Judiciário se alinha aos objetivos da Resolução nº 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010) por auxiliar na construção da cultura da solução pacífica dos conflitos e na consolidação da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos, apesar de não ser um instrumento de resolução jurídica de demandas, como a mediação e a conciliação, mas contribui para chegar a soluções consensuais e ampliar o acesso à justiça nos tribunais multiportas. (VALADARES, 2020, p. 71)

Sob a perspectiva do Brasil, resta-se cristalino o uso das constelações familiares no Sistema Judiciário, conforme explicitado por Valadares (2020), *in verbis*:

(...) com exceção dos tribunais de justiça do Tocantins, de Sergipe, do Espírito Santo, do Acre, do Amazonas e de Roraima, após apenas sete anos, todos os demais 21 Estados já aplicam, em alguma medida, a técnica psicoterapêutica da Constelação Familiar. Dado que confirma a hipótese inicialmente considerada de que mais de 60%, atualmente 78%, dos tribunais estaduais no Brasil já adotariam práticas consteladoras. Mesmo os tribunais que ainda não utilizam o método Hellingeriano já ministraram palestras, workshops, oficinas e debates para divulgação do instituto (VALADARES, 2020, p.82)

### **3. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conhecer o método psicoterapêutico das constelações familiares que aborda as emoções, as atitudes conscientes e inconscientes permite a compreensão de todos os fatores nos quais as pessoas estão envolvidas, os quais fazem parte da consciência de clã que as acompanha desde o início da vida. A aludida técnica colabora na percepção daquilo que está oculto e influencia as decisões de vida para que a cura dos males e uma nova postura seja adotada.

Ademais, torna-se nítido que todos os envolvidos em determinadas situações possuem um motivo para estar onde se encontram, podendo ser vítima, agressor, devedor e outros. Destaque-se que tais causas não são compreensíveis no começo. Somente após viver a experiência de constelado que virão à luz todo o entendimento e a solução para os emaranhamentos da vida.

Dessa forma, faz-se mister que se compreendam os benefícios trazidos pelo uso das constelações familiares como instrumento a ser trabalhado pelos profissionais do Sistema Judiciário. Isso porque, por meio desse método, pode-se identificar a origem do conflito,

o que tende a possibilitar o entendimento mútuo do problema pelas partes, de modo a traçar planos certos de reconciliação e a reduzir as chances de futuros litígios.

Saliente-se, outrossim, que as constelações familiares se amparam em uma metodologia que promove a desburocratização da justiça, o andamento de processos acumulados e o exercício da cidadania. Sendo assim, resta-se inequívoco que tal método fomenta a pacificação social nos litígios, sobretudo os voltados para a seara de família.

Por fim, verifica-se que o primeiro passo foi dado na Justiça da Bahia e paulatinamente está se estendendo a todo o País, pois o mundo está em constante adaptação e descobertas, movido por novas formas de compreensão e resolução de conflitos as quais estão sendo inseridas nos mais diversos contextos. Observe que muitas atitudes vistas como incorretas e inaceitáveis pela sociedade são reflexos daqueles que não encontram o amor e o pertencimento que lhes são de direitos.

#### 4. REFERÊNCIAS

HELLINGER SCHULE. **Biografia de Bert Hellinger 1925-2019**. Hellinger Ciencia Gmbh&Co. KG. Disponível em: <https://www.hellinger.com/pt/bert-hellinger-o-original/bert-hellinger/biografia-breve/>. Acesso em: 04 jun. 2021.

DAGOSTIN, Aline. **A aplicação da Constelação Familiar Sistêmica no Judiciário, especialmente nas varas de família**. Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Divulgação em dezembro de 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7544>. Acesso em: 27 maio 2021.

HELLINGER, Bert. **A cura: Tornar-se saudável, permanecer saudável**. Tradução de Daniel Mesquita de Campos Rosa. 1. ed. Belo Horizonte: Atman, 2014.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele. **Constelações familiares: O reconhecimento das ordens do amor. Conversas sobre emaranhamentos e soluções**. 1. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. 12 ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

MENESES, Ana Victoria Moraes. **Constelação Familiar como método de resolução de conflitos no Judiciário**. PUC/Goiás. Divulgação em 25/11/2020. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/handle/123456789/164>. Acesso em: 26 maio 2021.

VALADARES, Gilson Coelho. **Constelação familiar no poder judiciário brasileiro: humanização do Direito e ampliação da cidadania nos tribunais de justiça multiportas**.

2020.108f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2020.



## **CONTROLE JUDICIAL DA CONSTITUIÇÃO FINANCEIRA À LUZ DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: A EFICÁCIA DO DIREITO À SAÚDE NA ADI 5595**

**VINICIUS BIANCHI CARVALHO:**  
Advogado. Especialista em Direitos  
Difusos e Coletivos

**Resumo:** O presente estudo tem o intuito de traçar breves comentários sobre as tensões entre o mínimo existencial e a reserva do possível, no contexto do (in) adequado financiamento do direito à saúde e do SUS, no Brasil. Leva-se em conta as novas diretrizes hermenêuticas na interpretação das normas positivadas, como a força normativa da Constituição e dos Direitos Fundamentais, o princípio da vedação ao retrocesso social e a progressividade dos direitos, construindo uma análise sobre a (im) possibilidade de diminuição alocativa de recursos destinados ao financiamento da saúde brasileira, como fez a Emenda Constitucional n.º 86, no histórico contexto de erosão da efetividade das normas programáticas e do espírito social da Constituição de 1988. Nesse sentido, analisa-se as teses e o trâmite da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5595, que questionou a constitucionalidade da EC n.º 86, inaugurando verdadeiro litígio coletivo estratégico em matéria do custeio dos serviços de saúde, possibilitando o macrocontrole judicial sobre a Constituição Financeira e a consequente repercussão no adequado financiamento a políticas públicas.

**Palavras-chave:** direito à saúde, financiamento do SUS, ADI n.º 5595, EC n.º 86, vedação ao retrocesso.

**Sumário:** 1. Breves comentários acerca das tensões sobre a adequada efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. 2. Breve análise sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5595 e as Emendas Constitucionais n.º 86 e 95: macrojustiça social nas mãos do STF. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

### **1. Breves comentários acerca das tensões sobre a adequada efetividade do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988**

A atual conformação constitucional dos direitos fundamentais nos permite identificar um fio condutor ao longo do desenvolvimento do Estado Contemporâneo.

Começando pela Revolução Francesa, na qual os ideais da burguesia ganhavam relevo diante de uma burocracia real decadente, surgem os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, aqueles que, fundamentalmente, apresentam caráter negativo, dirigidos a uma abstenção, sobretudo em face do Estado. Já no século XIX, o agravamento das desigualdades sociais em função da Revolução Industrial estimulou o

surgimento dos primeiros movimentos reivindicatórios de direitos de cunho positivo, os consagrados direitos de segunda dimensão, de forte inspiração socialista.

A crise de 29 inaugura a formação do Estado Social, que ganha relevo em matéria de direitos fundamentais no segundo pós-guerra, positivando em diversas Constituições direitos de caráter prestacional, tais como assistência social, saúde, educação e trabalho. Hoje, é possível identificar uma terceira, quarta e até quinta dimensão em matéria de direitos fundamentais, o que evidencia a histórica rota traçada pela humanidade no sentido da expansão do reconhecimento desses direitos (SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais 2015).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao consagrar o Estado Social e Democrático de Direito, acompanha essa evolução teórica internacional, positivando internamente várias garantias reconhecidas em diversas outras Cartas, até mesmo reconhecendo estatura constitucional aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, a teor do § 2º do art. 5. No § 1º, do mesmo dispositivo, vemos que *“as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”*. A respeito, é elucidativa a distinção entre termos congêneres formulada por Ingo Sarlet:

“...podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de - na medida de sua aplicabilidade - gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente - ou não - desta aplicação.”

Nesse ponto, destaca-se o problema relativo à efetividade dos direitos sociais, notadamente no que tange ao seu núcleo essencial: o mínimo existencial. Tal conceito foi desenvolvido a partir da doutrina alemã, estando intimamente ligado à dignidade da pessoa humana (SARLET e FIGUEIREDO, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações 2008). De outro lado, a plena efetivação dos direitos sociais, em virtude de seu caráter majoritariamente positivo, encontra limites jurídicos e fáticos ao que se convencionou chamar - também por influência alemã - de reserva do possível. Em se tratando do papel do Judiciário na mediação desse conflito, a síntese de Sarlet e Figueiredo:

“O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão

estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.”

A reiterada omissão estatal, no que concerne à falta de políticas públicas eficientes que assegurem concretude especificamente ao direito à saúde, abriu margem para enorme número de demandas individuais, transferindo ao Poder Judiciário a incumbência de resguardar pela correta alocação de recursos à luz dos fundamentos constitucionais. Fato é que esse mecanismo de tutela acaba por prejudicar o planejamento estatal, de maneira que a melhor solução se encontra no âmbito do próprio Executivo, a começar pela observância da impositividade do orçamento.

Em um mundo ideal, as ações judiciais deveriam revelar, apenas de forma isolada e esporádica, eventuais déficits de cobertura e atendimento, a serem sanados espontaneamente pela via regular e universal da previsão legal de recursos suficientes no correspondente programa de ação governamental (PINTO, Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução 2014).

Contudo, a adequada priorização alocativa de recursos financeiros, erigida sobre a participação democrática e o controle republicano, encontra óbice não apenas na cotidiana execução orçamentária, como também na própria fragilidade do planejamento orçamentário veiculado nos instrumentos normativos pertinentes – tal qual o PPA, a LDO e a LOA – e até mesmo nas normas constitucionais que pretensamente garantiriam piso federal progressivo em matéria de financiamento à saúde.

É nesse contexto que a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5595, proposta contra a EC nº 86/2016, surge como instrumento de macrocontrole da política orçamentária, cuja procedência teria como finalidade a correção do problema na fonte, isto é, na correta destinação de recursos à determinada política pública, atendendo-se aos pressupostos constitucionais.

O debate ganha especial relevo, sobretudo, ao se considerar a EC nº 86/2016 como mais um petrecho no aparelhamento do contínuo processo de erosão do adequado custeio de direitos sociais, em detrimento do prestígio à destinação de recursos às políticas monetária, creditícia e cambial. (PINTO, 33 anos de erosão orçamentário-financeira dos direitos sociais na CF/88 2021)

As sucessivas desvinculações de receitas da União – perenizada desde 1994 por reiteradas emendas ao ADCT –, bem como a não tão recente EC nº 95/2016 (Emenda do Teto de Gastos) são só alguns dos vários exemplos da constante inversão de prioridades na alocação orçamentária brasileira, desvirtuando em grande medida a consecução dos valores positivados em nosso pacto constitucional, que inclusive lhe rendeu a – hoje – esvaziada alcunha de Constituição Cidadã.

Nesse sentido, em que pese o estabelecimento atual de paradigmas hermenêuticos orientados a uma leitura axiológica e não meramente formal da Constituição, a exemplo do Neoconstitucionalismo, a força normativa de seus princípios, jusfundamentalidade dos direitos sociais, a progressividade dos direitos e a proibição do retrocesso, além de até uma Teoria da Constituição Financeira<sup>193</sup> (H. T. TORRES 2014), há um longo caminho rumo à superação daquilo que Marcelo Neves identificou como “Constituição Simbólica”, representada por normas de natureza programática que carecem de eficácia social (efetividade concreta) (NEVES 2007).

Não por outra razão que, há algum tempo, temos um dirigismo constitucional às avessas, que, nas palavras de Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto pressupõe uma “constituição dirigente invertida”:

“Esta crise de financiamento do setor público é ainda mais grave nos países periféricos, como o Brasil, em que há insuficiência de recursos para o financiamento público da acumulação de capital. Portanto, para garantir a atração dos investimentos privados, o Poder Público brasileiro tem que estabilizar o valor real dos ativos das classes proprietárias. Ou seja, o orçamento público deve estar voltado para a garantia do investimento privado, para a garantia do capital privado, em detrimento dos direitos sociais e serviços públicos voltados para a população mais desfavorecida. Assim, nesta etapa, o direito financeiro, na organização do espaço político-econômico da acumulação, passa a servir a uma nova função do Estado – a tutela jurídica da renda do capital e da sanção de ganhos financeiros privados, a partir da alocação de garantias estatais ao processo sistêmico de acumulação liderado pelo capital financeiro.” (BERCOVICI e MASSONETTO 2006)

---

193 Acerca do tema, cabe citar o magistério de Heleno Taveira Torres:

A Constituição Financeira consiste na parcela material de normas jurídicas integrantes do texto constitucional, composta pelos princípios fundamentais, as competências e os valores que regem a atividade financeira do Estado, na unidade entre obtenção de receitas, orçamento, realização de despesas, gestão do patrimônio estatal e controles internos e externos, bem como da intervenção do Estado, na relação com as Constituições Econômica ou Social. (...)

A Teoria da Constituição Financeira, portanto, pressupõe a Constituição do Estado Democrático de Direito como seu sistema total, na qual a atividade financeira atua não apenas para o mero financiamento dos órgãos estatais, como aparatos burocráticos isolados da sociedade, mas precipuamente para a concretização dos direitos fundamentais, como aqueles direitos à vida, à justiça, à liberdade ou à propriedade, e todo o regime de intervencionismo estatal.

No meio da tensão entre mínimo existencial e reserva do possível, especialmente considerando a disputa pela alocação orçamentária e a dinâmica das escolhas trágicas que se coloca, a progressividade dos direitos e o princípio da vedação ao retrocesso social surgem como importantes diretrizes hermenêuticas aptas a balizarem a produção legislativa sobre o tema, limitando não só a discricionariedade do Executivo sobre a execução orçamentária, como a própria atividade do Legislador.

O próprio Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - PIDESC, de 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992, é expresso ao determinar a necessidade de progressividade, por todos os meios apropriados, do pleno exercício dos direitos sociais (art. 2º). De igual forma, o artigo 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem preleciona que *"nada, na presente Declaração pode ser interpretado de maneira a conceder a qualquer Estado, grupo ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a destruir os direitos e liberdades aqui enunciados."*

Assim, declarada juridicamente a aquisição de determinado direito social, há um verdadeiro efeito *cliquet*, que impede que se retorne ao *status quo ante*, devendo o poder público proporcionar meios adequados para a plena satisfação do comando consagrado. Para Ingo Sarlet, a proibição do retrocesso é um princípio implícito em nossa Constituição, amparado nos seguintes princípios e argumentos de ordem constitucional:

- a) Estado democrático e social de Direito
- b) A dignidade da pessoa humana
- c) Máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais
- d) Normas de proteção a medidas de cunho retroativo, como direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (acresce-se ao rol a irretroatividade das leis, norma geral no direito brasileiro)
- e) O princípio da confiança legítima, expressão da boa-fé, existente tanto entre particulares, como nas relações com o Estado (e também nas relações entre os diversos âmbitos de governos, nas relações intergovernamentais e federativas)
- f) A autovinculação dos atos governamentais em relação aos atos anteriormente praticados
- g) A vinculatividade dos atos governamentais infraconstitucionais aos preceitos constitucionais, em especial aos que expressam direitos fundamentais

h) E às normas de direito internacional que impõem a progressiva implementação dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal também já assumiu a proibição ao retrocesso social como integrante do rol de princípios implícitos do ordenamento jurídico:

Em condições de recrudescimento da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), não é constitucionalmente aceitável qualquer retrocesso nas políticas públicas de saúde, como a que resulta em decréscimo no número de leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) habilitados (custeados) pela União.

STF. Plenário. ACO 3473 MC-Ref/DF, ACO 3474 TP-Ref/SP, ACO 3475 TP-Ref/DF, ACO 3478 MC-Ref/PI e ACO 3483 TP-Ref/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 7/4/2021 (Info 1012).

Não deve o princípio, todavia, aniquilar a liberdade de conformação do legislador, servindo como trancamento da deliberação democrática.

José Vicente Santos de Mendonça tenta estabelecer alguns requisitos para o uso da vedação ao retrocesso, em esforço de densificação do princípio: (i) apresentar-se justificativa plausível para a alteração; (ii) preservar-se o núcleo do direito alterado e (iii) observar a razão pública. E arremata:

A vedação do retrocesso de efetividade constitucional, como argumento jurídico, deve ser filtrada pelo dever de imparcialidade política do Judiciário. O risco do mascaramento da política sob as vestes jurídicas do retrocesso é o do descrédito institucional e o do esvaziamento da experimentação democrática: se o Judiciário é o guardião de um caminho único, este, necessariamente, não será o caminho de todos. (MENDONÇA 2016)

Nesse contexto, a tutela via ADI contra dispositivos da chamada Constituição Financeira, em matéria de financiamento do Sistema Único de Saúde, ganha contornos marcadamente dramáticos na atual conjuntura brasileira, sobretudo diante da pandemia mundial do covid-19 (novo coronavírus).

Trata-se de inegável oportunidade para que nossa Suprema Corte realize adequadamente o macrocontrole das políticas públicas de saúde, examinando seu ponto mais importante: o pertinente financiamento. Além disso, o momento será de construção



de balizas mais sólidas acerca da aplicação *in concreto* do princípio da vedação ao retrocesso social, além de fornecer alternativa estratégica à litigância individual.

Tal abordagem coletiva da problemática garante a justiça e o respeito à Constituição, ao resguardar financiamento juridicamente estável e fiscalmente progressivo conforme o nível de arrecadação estatal para os gastos com a saúde pública. Ataca-se a falta de acesso à saúde em sua fonte, com grande impacto no enfrentamento racional e de maneira estruturante da crise pandêmica ora vivida.

No mais, o debate é de extrema importância, na medida em que a decisão impactará os próximos 14 anos, caso se mantenha o regime dado pela EC nº 95.

## **2. Breve análise sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5595 e as Emendas Constitucionais nº 86 e 95: macrojustiça social nas mãos do STF**

A ADI 5595 teve como fundamento a “(i) violação aos direitos à vida e à saúde; (arts. 5, caput; 6; e 196 a 198, *caput* e parágrafo 1o, da Constituição Federal) (ii) afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social (CR, art. 1, caput e III); (iii) contrariedade ao princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal, em sua acepção substantiva (art. 5, LIV), na sua faceta de proibição de proteção deficiente; e (iv) descumprimento do dever de progressividade na concretização dos direitos sociais, assumido pelo Brasil tanto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de São Salvador.” (MPF 2017)

O art. 2º da EC 86 estabelecia um escalonamento progressivo para as despesas com saúde, que deveria ser de 13,2% para o ano de 2016 e assim sucessivamente, até chegar a 15% em 2021. A adoção da suposta progressividade, contudo, resultaria em uma perda de, no mínimo, R\$10 bilhões para o custeio da saúde, apenas no exercício de 2016.

É o que se depreende ao se analisar a aplicação mínima federal de 14,8% da receita corrente líquida no exercício de 2015, à luz do critério estabelecido pela Lei Complementar nº 141/00, em relação ao patamar mínimo de 13,2% estabelecido pelo novo regime. Tal retrocesso em matéria do financiamento da saúde quase foi contido pelo parágrafo 8º do art. 38 da Lei de Diretrizes Orçamentárias da União de 2016, que assegurava que não existiria qualquer perda para o custeio do SUS durante o período de transição entre os dois regimes, dispositivo que, contudo, foi vetado.

Dessa forma, o novo piso teria como consequência nefasta uma queda real de 10,15% no financiamento das ações e serviços públicos de saúde entre os anos de 2015 e 2016, representando, em números absolutos, execução que variaria de R\$ 96,4 bilhões a

R\$ 100,25 bilhões, a depender do cenário econômico. Pela regra anterior, os gastos seriam da ordem de R\$ 107 bilhões. Ao se observar o período de 2015 a 2017, verifica-se a perda de R\$20 bilhões no custeio do sistema, desconsiderando-se a inflação, com a inevitável regressão do valor de 3,9% do PIB, já aquém dos padrões internacionais de 7,0% do PIB.

O quadro de retrocesso social é aprofundado diante do art. 3 da emenda questionada, o qual previa que dentro do novo “ piso ” - leia-se “ teto ” - estabelecido se incluíam os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás natural, cujo montante figurava anteriormente como fontes adicionais de financiamento do sistema, contrariando a Lei 12.858/2013.

Nesse contexto de elevação do subfinanciamento crônico, não poderia ser outro o sentido da cautelar expedida pelo Min. Ricardo Lewandowski, que reconheceu a sólida argumentação da Procuradoria-Geral da República (PGR) em torno do princípio da vedação ao retrocesso social, suspendendo a eficácia dos arts. 2 e 3 da EC 86. A fundamentação do eminente ministro consagrou o que já estava sendo objeto de discussão pela doutrina nacional, destacando a importância do adequado custeio ao direito à saúde e à educação:

“ ...o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional.” (COMPARATO, et al. 2016)

Em mesmo sentido, Fernando F. Scaff identifica que as limitações nos gastos com saúde e educação ferem cláusula pétrea, consagrada no inciso IV, do parágrafo 4 do art. 60 de nossa Constituição Cidadã. Em que pese o dispositivo versar sobre “ direitos e garantias individuais ”, é inegável que tais direitos também abarcam os de natureza social, sobretudo aqueles consagrados como direitos fundamentais com fonte de recursos constitucionalmente assegurada, isto é, a saúde e a educação (SCAFF, Conjur 2016). É o mesmo entendimento adotado por Paulo Bonavides, para quem “ faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea ” de forma que “ tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais (...) padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade ” (BONAVIDES 2001).

Fato é que o constituinte originário já previu a importância do direito à saúde, impondo ao legislador uma série de limitações no que tange à possível restrição na busca pela efetividade de tais direitos. Nas palavras do Ministro:

“... não é oponível a alegação imotivada e discricionária de restrição orçamentária em face de tais direitos fundamentais tanto por força da sua essencialidade para assegurar a vida digna a todos os cidadãos brasileiros, mas também porque eles são amparados por fontes próprias de receitas (a exemplo da contribuição social do salário-educação e das contribuições sociais de que trata o art. 195) e deveres de gasto mínimo (previstos nos arts. 198 e 212 da CF).” (STF 2017)

Em termos concretos, o voto aponta que a previsão inicial para 2016 de custeio feita pela ADI ainda foi muito otimista, considerando que, na verdade, os valores nominais alocados no ano corresponderam à cifra de R\$ 88,9 bilhões. Nesse sentido, as alterações impugnadas inegavelmente restringiram o caráter progressivo do custeio dos serviços de saúde, constringendo a estabilidade jurídica e impondo retrocesso inadmissível pelo ordenamento pátrio, razão pela qual a norma foi declarada inconstitucional, concedendo-se a medida cautelar.

O *periculum in mora* residiria na “repercussão do quanto for efetivamente pago pela União nas ações e serviços públicos de saúde em 2017, para fins de fixação do piso constitucional que passará a vigorar em 2018, bem como ao longo dos próximos 19 anos, na forma do art. 110, II do ADCT, inserido pela EC 95/16” (STF 2017). Trata-se de questão interessante sobre direito intertemporal, referente à suspensão da eficácia de dispositivo já revogado, diante do artigo 3º da EC nº 95, promulgada em 15/12/2016<sup>194</sup>.

Em síntese, antes da EC nº 86, a norma anteriormente vigente estabelecia que a União aplicaria anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, com a soma de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º, LC 141/12), uma forma de “trava” no caso de o PIB ser negativo. No mais, os recursos dos *royalties* eram aplicados em *acréscimo ao mínimo obrigatório* previsto na Constituição (art. 4º, Lei 12.858/13), o que foi alterado pelo art. 3º da EC 86.

Aprovado o falacioso escalonamento da EC nº 86, sobreveio a EC nº 95, conhecida como Emenda do Teto de Gastos, que criou uma regra que congelava os gastos públicos com saúde no patamar de 2017 (ADCT, art. 110, I), sendo que, até o ano de 2036, esta despesa será apenas corrigida pelo IPCA (ADCT, art. 110, II).

Resumindo o imbróglio, o magistério de Fernando Scaff:

---

194 Art. 3º Fica revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015.

É conhecida a jurisprudência do STF acerca da prejudicialidade da declaração de inconstitucionalidade de normas revogadas. Todavia, no caso concreto, o art. 2º da EC 86, a despeito de ter sido expressamente revogado pela EC 95 (art. 3º), projeta seus efeitos para o futuro! Eis a diferença. Como a Emenda do Teto de Gastos congelou por 20 anos os valores a serem gastos com saúde (ADCT, art. 110, II), o ponto de partida desse congelamento é extremamente relevante, e deve ser apreciado e julgado. Uma coisa é congelar o valor inicial em R\$ 100,00; outra coisa completamente diferente será o fazer em R\$ 110,00. Há uma projeção intertemporal futura que deve ser apreciada e que impactará o financiamento da saúde até o futuro e remoto ano de 2036. (SCAFF, A ADI 5.595 e mais dinheiro para a saúde nas mãos do STF 2021)

Em que pese os argumentos no sentido da perda de objeto da ação, diante da revogação do dispositivo impugnado pela emenda do teto de gastos, a declaração de inconstitucionalidade teve natureza *ex tunc*, abarcando os efeitos produzidos durante a vigência da EC 86. Salienta-se que conforme a execução orçamentária da União, não houve a aplicação do mínimo de 15% da RCL em 2016. Nesse sentido, Scaff vai direto ao ponto:

“(...) o governo federal parece que não se atentou a esse *ínfimo detalhe normativo* e aplicou, em 2016, montante inferior aos 15% constitucionalmente determinados. Aqui se registra que, em face desses “percentuais transitórios” terem vigorado durante algum tempo e gerado efeitos concretos, a ADI 5.595 (relator ministro Lewandowski) não perdeu o objeto, a despeito de sua revogação expressa pelo artigo 3º da EC 95. Lembro, em prol dessa tese, o argumento utilizado pelo STF para julgar as questões envolvendo *guerra fiscal*, pois, mesmo quando os estados revogavam a norma isentiva, atacada como inconstitucional, em face de ter vigorado durante certo tempo e gerado efeitos concretos, ela tinha que ser julgada pelo STF, mesmo após revogada.” (SCAFF, STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil 2017)

No mesmo sentido caminha o entendimento de Élide Pinto, já expondo a repercussão da medida no que tange à base de cálculo sobre a qual incidiria o reajuste apenas pela inflação nos próximos 19 anos, consoante a limitação imposta pela EC 95:

“A eficácia *ex tunc* da cautelar especificamente no que se refere ao revogado artigo 2º da Emenda 86 se projeta muito além do ano de 2016, pois a daí decorrente medida compensatória em 2017 incorporará a base de cálculo do piso federal em saúde para os próximos 19 anos, de modo

a evitar o congelamento do déficit verificado, o que agravaria ainda mais a regressividade histórica da participação da União no custeio federativo do SUS." (PINTO, STF reconhece o "direito a ter o custeio adequado de direitos" na ADI 5.595 2017)

Tal medida compensatória encontraria fulcro no artigo 25 da Lei Complementar nº 141/12, o qual impõe o acréscimo no exercício subsequente do montante de gastos mínimos não aplicado no exercício anterior. O problema atual residiria na exata mensuração desse montante, a teor da recente discussão no âmbito do Tribunal de Contas da União acerca de restos a pagar cancelados e não compensados, bem como despesas com a capitalização da Hemobras e com o Programa Nacional de Reestruturação dos Hospitais Universitários Federais (REHUF) (MPC/TCU 2017).

Entretanto, ao julgar a controvérsia acerca da metodologia adequada para o cálculo do mínimo a ser aplicado no exercício de 2016, o Acórdão 1048/TCU (TCU 2018) não acolheu a argumentação do MPC. O Órgão Ministerial postulava que, no exercício de 2016, o piso deveria ser de 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida federal (RCL), assim fixado de acordo com o art. 198, § 2º, inciso I, da CRFB, em razão da revogação do art. 2º da Emenda Constitucional 86 pela Emenda 95. A Corte se socorreu aos precedentes firmados nas ADIs 1.445 e 4.620, concluindo que:

"... a revogação superveniente do ato estatal impugnado (no caso o art. 2º foi integralmente revogado) faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independentemente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos." (TCU 2018)

Isto é, diante da revogação da EC nº 86 pela Emenda do Teto de Gastos, a ADI 5595 teria perdido seu objeto. No mais, considerando que a redação dada ao artigo 110, inciso I do ADCT195, pela EC nº 95, fixa a vigência do parâmetro de 15% da RCL para o exercício de 2017, bem como que, em regra, a revogação de normas constitucionais não

---

195 Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal;

(...)



produz efeitos *ex tunc*, não haveria que se falar em insuficiência de recursos aplicados no decorrer do exercício de 2016, período no qual estaria em pleno vigor o mínimo de 13,2% da RCL, definido pelo artigo 2º, inciso I da EC nº 86. Em termos concretos, se adotado o patamar de 15% da RCL no exercício de 2016, segundo os cálculos do Tribunal, haveria um déficit de aplicação de R\$ 2,574 bilhões em ações e serviços públicos de saúde pela União.

A questão reclama julgamento definitivo em caráter de urgência pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a pacificar a controvérsia não só acerca da eficácia *in concreto* do princípio da vedação ao retrocesso, como também dos limites do controle abstrato de constitucionalidade em matéria de direito financeiro, enfrentando de forma mais direta a questão sobre a perda de objeto da ADI. Nesse sentido, ressalta-se as conclusões de Vanice Valle:

“Não deve impressionar a quem se aproxima do importante debate trazido pela ADI 5.595, o argumento formalista da perda de objeto por superveniência de alteração no paradigma. O tema se resolve pela aplicação de precedentes já constituídos na matéria, que privilegiam o controle sobre a forma. Isso aliás, é o que se pode reclamar de uma Corte Constitucional, sempre tão ciosa em afirmar a aplicabilidade dos direitos fundamentais — e que não pode negligenciar da verdade auto evidente de que essa proclamação reclama financiamento.” (VALLE 2017)

Relembramos que a ADI 5595 foi levada a plenário para julgamento definitivo em 19 de outubro de 2017. Contudo, teve sua análise suspensa, diante do grande número de ações pautadas para o dia. Novamente pautada para o dia 22 de maio de 2019, a cautelar ainda não foi referendada pelo Pleno do STF. Diante da pandemia, prosseguiu-se o julgamento sob o sistema de Plenário Virtual em 14 de abril de 2020.

Apurou-se, até então, o seguinte placar: (a) pela inconstitucionalidade do *art. 2º*. 4 votos (ministros Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio e Cármen) x 3 votos (ministros Gilmar, Fux e Alexandre) e (b) pela inconstitucionalidade do *art. 3º*. 6 votos (ministros Lewandowski, Fachin, Marco Aurélio, Gilmar, Fux e Cármen) x 1 voto (ministro Alexandre).

No fim de 2021, a ação foi novamente incluída no calendário de julgamento. Mas, infelizmente, a ação foi retirada de pauta pelo atual presidente do STF, em 19 de maio de 2022.

Fato é que a decisão cautelar proferida, ainda que precária, abre enorme precedente para o questionamento da restrição de gastos primários imposta pela EC 95,



notadamente no curso da ADI 5.658, de relatoria da Min. Rosa Weber. Nas palavras de Élide Pinto:

“Indo além do exame dos números, a medida cautelar concedida na ADI 5.595 nos lembra, do ponto de vista hermenêutico, que o orçamento público não pode se eximir da sua finalidade primordial de custear os direitos fundamentais. Eis um precedente que nos chega em boa hora tanto em face da Emenda 95, quanto em relação à crise nos serviços essenciais que indicam uma rota de falência da razão de ser do Estado brasileiro.” (PINTO, STF reconhece o “direito a ter o custeio adequado de direitos” na ADI 5.595 2017)

Questão também importante, que nos remonta a debate já de longa data, é sobre a ingerência do Supremo Tribunal Federal na correção de políticas públicas. Nota-se que o presente caso, no que concerne à política pública de saúde, ultrapassa o mero controle ordinário do Judiciário, realizado normalmente de forma pontual e individual. O evento é paradigmático justamente por ser um dos poucos a trazer para o nível do macrocontrole orçamentário, realizado pelo Judiciário, as questões relativas às políticas públicas de saúde. Nesse sentido, nunca é tarde para se lembrar da superação do conceito de “discricionariedade técnica”, tão bem analisado por Gordillo, em seu *Tratado de Derecho Administrativo*. Na tradução de Élide Pinto:

“(…) se uma técnica é científica e, portanto, por definição, certa, objetiva, universal, sujeita a regras uniformes que não dependem da apreciação pessoal de um sujeito individualizado, é óbvio que não pode, neste aspecto, falar-se de completa “discricionariedade” (não submissão a normas) senão que corresponde, pelo contrário, falar de “regulação” (sujeição a normas, no caso, técnicas).” (PINTO, Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional 2015)

Daí surge a legitimação do Judiciário para, à luz das balizas traçadas pelo ordenamento jurídico, corrigir os defeitos das políticas públicas formuladas pelos gestores, não havendo que se falar em usurpação de competência. Especificamente sobre o caso em questão, cabe ressaltar as ideias de Maria Paula Dallari Bucci:

“O STF, nesse caso, não está se substituindo aos entes competentes para escolhas políticas traduzidas no orçamento, mas protegendo limites constitucionais para a manipulação orçamentária, em face de direitos fundamentais como a saúde. Nesse tema não se admite a ampliação da discricionariedade alocativa pelo governo de turno, nem sob a invocação de bons propósitos de gestão fiscal, até porque as Emendas 86 e 95 nada trouxeram para melhorar a administração dos recursos.” (BUCCI 2017)

De outro lado, o precedente da cautelar concedida pelo Min. Ricardo Lewandowski já carrega consigo enorme peso no que concerne aos próximos julgamentos do STF que versem sobre o custeio dos direitos fundamentais. A decisão não só atribuiu força ao princípio da vedação ao retrocesso, como também traça nova rota de controle - agora na perspectiva macro-orçamentária - do Judiciário sobre as políticas públicas, servindo como caminho alternativo ao menos para parte da judicialização individualizada na esfera dos direitos sociais, a qual, conforme preleciona Ricardo Lobo Torres (R. L. TORRES 2008), acaba servindo como instrumento apenas para as camadas sociais mais favorecidas.

### **3. Conclusão**

Na esteira da evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira, sob a égide da nova dogmática interpretativa da Constituição, notadamente em função do reconhecimento de sua força normativa e de sua eficácia irradiante, com destaque para os direitos fundamentais, não é mais possível o legislador, mesmo a nível de constituinte derivado, adotar medidas que atentem contra o núcleo essencial dos dois direitos humanos e fundamentais, saúde e educação em específico.

Nesse sentido, a cautelar expedida no bojo da ADI 5595 inaugura nova fase em termos de macrocontrole de políticas públicas, redesenhando o papel do Judiciário e oferecendo novo caminho à solução individualizada de proteção ao mínimo existencial, pela via ordinária dos litígios individuais.

A decisão cautelar reacende o debate na busca pela máxima eficácia dos direitos fundamentais e da superação do mero simbolismo constitucional, reconhecendo a histórica vulnerabilidade fiscal no financiamento do SUS e reafirmando a importância do Direito Financeiro. Não há dúvidas de que o julgamento definitivo pelo Supremo representará histórico precedente sobre a eficácia do princípio da vedação ao retrocesso social em matéria do financiamento ao direito à saúde, além de necessariamente enfrentar os limites do controle abstrato de constitucionalidade, considerando a peculiaridade atinente à revogação do paradigma questionado por emenda superveniente.

### **4. Bibliografia**

BERCOVICI, Gilberto, e Luís Fernando MASSONETTO. "A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica." Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito de Coimbra (Boletim de Ciências Econômicas da Faculdade de Direito de Coimbra), 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11<sup>a</sup>. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. "Constituição Federal, 1988." Constituição da República Federativa do Brasil, out de 1988.

—. "Lei Complementar nº 141, de 13 de jan. de 2012." Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal, jan de 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O STF pode controlar o orçamento público? 2017. <http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2017/10/1928236-o-stf-pode-controlar-o-orcamento-publico.shtml>. (acesso em 20 de 05 de 2022).

COMPARATO, Fábio Konder, Heleno Taveira TORRES, Élide Graziane PINTO, e Ingo Wolfgang SARLET. Conjur. 27 de julho de 2016. <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. "Vedação do Retrocesso: melhor quando tínhamos medo? Uma proposta para um uso controlado do argumento. Disponível em [https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o\\_do\\_Retrocesso\\_melhor\\_quando\\_t%C3%ADnhamos\\_medo\\_Uma\\_proposta\\_para\\_um\\_uso\\_c](https://www.academia.edu/25797541/Veda%C3%A7%C3%A3o_do_Retrocesso_melhor_quando_t%C3%ADnhamos_medo_Uma_proposta_para_um_uso_c)." 2016.

MPC/TCU. Representação. TC-011.936/2017-7. 2017. <https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=11936&p2=2017&p3=7> (acesso em 20 de 05 de 2022).

MPF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595. 2017. <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/adi-5595.pdf/view> (acesso em 20 de 05 de 2022).

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. 2ª. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PINTO, Élide Graziane. 33 anos de erosão orçamentário-financeira dos direitos sociais na CF/88. 5 de outubro de 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-05/contas-vista-33-anos-erosao-orcamentario-financeira-direitos-sociais-cf88>.

PINTO, Élide Graziane. "Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução." Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE 3, nº 5 (mar/ago 2014): 71-100.

—. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2015.

—. STF reconhece o "direito a ter o custeio adequado de direitos" na ADI 5.595. 2017. <https://www.conjur.com.br/2017-set-12/contas-vista-stf-reconhece-direito-custeio-adequado-direitos-adi-5595> (acesso em 20 de 05 de 2022).

PINTO, Élide Graziane, e Ingo Wolfgang SARLET. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser o piso e não o teto de gasto em saúde. 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto> (acesso em 20 de 05 de 2022).

PIOLA, Sérgio. Financiamento público da saúde: uma história à procura de rumo. 2013. [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD\\_1846.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1580/1/TD_1846.pdf) (acesso em 20 de 05 de 2022).

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12<sup>a</sup>. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang, e Mariana FIGUEIREDO. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações." Cap. 1 em Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível", por Ingo Wolfgang SARLET e Luciano TIMM, 13-50. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. A ADI 5.595 e mais dinheiro para a saúde nas mãos do STF. 12 de outubro de 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-12/contas-vista-adi-5595-dinheiro-saude-maos-stf> (acesso em 20 de 05 de 2022)

—. A DRU, os direitos sociais e o pagamento dos juros da dívida. 2015. <https://www.conjur.com.br/2015-jul-14/contas-vista-dru-direitos-sociais-pagamento-juros-divida> (acesso em 20 de 05 de 2022).

—. Conjur. 2016. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/contas-vista-pec-teto-gastos-deveria-limitar-arrecadacao-impostos> (acesso em 20 de 05 de 2022).

—. STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil. 16 de maio de 2017. <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica>.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5595. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ: 31/08/2017. 2017. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf> (acesso em 05 de 11 de 2017).

TCU. Acórdão 1048-2018 TCU-Plenário. Sessão: 09/05/2018. 2018. [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1048%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=eef1b930-7fe8-11e9-b931-291b59c93789](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1048%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uid=eef1b930-7fe8-11e9-b931-291b59c93789) (acesso em 20 de 05 de 2022).

TORRES, Heleno Taveira. Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. "O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária." Cáp. 3 em Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível", por Ingo Wolfgang SARLET e Luciano TIMM, 63-78. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VALLE, Vanice. ADI 5.595 e o real papel do controle de constitucionalidade. 2017. <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/vanice-valle-real-papel-controle-constitucionalidade> (acesso em 20 de 05 de 2022).

## CONCEPÇÕES CLÁSSICAS DE JUSTIÇA

**NEY COSTA ALCANTARA DE OLIVEIRA FILHO:**

Advogado, pós graduado em Penal e Processo Penal pelo Enfase

**RESUMO:** O presente trabalho procura analisar a evolução histórica das acepções de justiça, limitando-se à filosofia grega e à filosofia do direito medieval. Buscando, entender com os pensamentos passados, a evolução do termo justiça.

**PALAVRAS-CHAVE:** Justiça. Platão. Aristóteles. Sócrates.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO.

A palavra Justiça pode ser interpretada de diversas maneiras. Desde o início da civilização tem-se tentado chegar ao significado de justiça.

Analisando o disposto no dicionário, justiça pode ser entendido como fazer o correto, pode também significar estar em conformidade com o que é direito, reconhecer o mérito de alguém ou algo. Com o passar dos tempos, diversos filósofos tentaram desvendar o que seria justiça.

O objetivo deste artigo, é analisar os diversos conceitos de justiça trazidos com a evolução humana, sem ter a pretensão de encontrar um conceito de justiça puro e acabado, vez que, a concepção do justo ou injusto muda conforme sua criação, suas crenças, experiências racionais e empíricas.

### 2. DESENVOLVIMENTO.

Inicialmente, podemos definir duas concepções básicas do que é justiça.

No pensamento dos idealistas, tendo como defensores deste sentido de justiça, o triunvirato de pensadores: Sócrates, Platão e Aristóteles, estes pensadores defendem que há uma justiça ideal, podendo-se definir ao certo o que é justo.

Por sua vez, fazendo frente à linha de pensamento dos idealistas, houveram os sofistas, estes viveram no mesmo período da história de Sócrates, todavia, defendiam uma corrente relativista de justiça. Para os sofistas, não há uma concepção absoluta de justiça, para eles, existe a justiça do caso concreto.



A filosofia do direito nada mais é do que a reflexão, em larga escala, dos problemas jurídicos e do direito.

Pode-se ainda definir Justiça em 4 diferentes acepções:

1. Justiça como retribuição: Para essa acepção, o justo é retribuir as ações na mesma medida. Defende o adágio popular "olho por olho, dente por dente". Um dos maiores aplicadores desta justiça, foi o código de Hamurabi, o qual trazia limitação ao poder absoluto da época, dispondo que deveria ser retribuído o mal feito, da mesma maneira, veremos abaixo alguns dos artigos constantes no Código de Hamurabi:

22: Se alguém está cometendo um roubo e está preso, então ele deverá ser condenado à morte.

137. Se um homem quiser separar-se de uma mulher que lhe deu filhos, ou da esposa que lhe deu filhos, deverá devolver a essa mulher seu dote e lhe dar parte da renda do campo, da horta e de seus bens, para que ela possa criar os filhos. Se ela criou seus filhos, deverá ser-lhe dada uma parte de tudo o que for concedido aos filhos, igual à parte de um filho. Ela poderá casar-se com o homem de seu coração;

Art. 25 § 227 - "Se um construtor edificou uma casa para um Awilum, mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto".

228º – Se um arquiteto constrói para alguém e não o faz solidamente e a casa que ele construiu cai e fere de morte o proprietário, esse arquiteto deverá ser morto.

229º – Se fere de morte o filho do proprietário, deverá ser morto o filho do arquiteto.

2. Justiça como igualdade: O justo neste ponto, é tratar as pessoas da mesma forma, trata-se da chamada igualdade formal;

3. Justiça como liberdade: Justo, é deixar as pessoas terem o livre arbítrio, podendo fazer ou deixar de fazer o que se quer, desde que não fira a liberdade dos outros;

4. Justiça como reciprocidade: Justiça é agir como gostarias que agissem com você. Um dos maiores expoentes dessa acepção de justiça foi KANT, o filósofo entende que: "liberdade, à qual se referem as leis jurídicas, pode ser tão somente a liberdade na prática externa; mas aquela liberdade à qual se referem as segundas leis (leis morais) deve ser a

liberdade no exercício exterior e interior do arbítrio, quando está determinado pelas leis racionais"

Partindo para a evolução histórica de justiça, podemos citar como um dos precursores foi Sócrates.

O filósofo passou sua vida dedicado ao Estudo da sociedade, visando analisar as ações humanas, acreditava que o ser humano deveria ser incentivado a pensar.

Para Sócrates, justiça era cumprir a lei da polis, devendo o cidadão cumprir as leis, mesmo que não sejam justas, para que, um mal cidadão, não descumpra lei justa, alegando injustiça.

Visando encontrar o sentido de justiça, Sócrates, que era filho de uma parteira, criou um modo de pensar chamado maiêutica, que significa "dar a luz" "parir" conhecimento por meio de indagações, incentivando as pessoas a pensar.

Para Platão, o justo seria cada cidadão cumprir o seu papel social. Sendo assim, para o discípulo de Sócrates, deveria existir uma divisão de tarefas rígidas, onde uns governam (filósofos) , outros trabalham (artífices) , e outros lutam (guerreiros).

O pensamento platônico é visto como totalitário em relação ao Estado, ao defender uma divisão rígida de trabalho e enfatizar o papel do Estado. Isso é extremamente criticado, porque parte-se de uma ideia de sociedade de estratificação bastante fechada (com baixa mobilidade social). O pensamento de Platão é, portanto, bastante aristocrática, divergindo do pensamento atual sobre justiça.

Seguindo a linha cronológica, Aristóteles trouxe a ideia de que o homem é um ser político, devendo viver em sociedade. Para o estudioso, nenhum homem poderia viver só, sendo seu desenvolvimento vinculado a vida em sociedade.

Entende que a Justiça é uma virtude, a qual buscará resolver a convivência humana em sociedade, evitando-se excessos. o Justo está na mesótes.

Mesóteses é a noção de que a justiça está no meio termo. A justiça deve encontrar esse equilíbrio, de justiça como igualdade. O pensamento de Aristóteles também é matemático, a justiça como balança. O caminho do meio é o da virtude, porque nele está o equilíbrio. A partir disso, forma-se a ideia de justiça.

Aristóteles, assim, desenvolve sua noção de justiça, partindo da ideia de que deve-se evitar o excesso.

O filósofo trás o primeiro sentido de justiça o da justiça universal, no qual, para que haja justiça, deve o cidadão cumprir as leis.

Já no sentido estrito de justiça, ou justiça particular, no qual o justo seria distribuir de forma igualitária os bens sociais. Para ele, há a justiça corretiva, a qual se preocupa com a distribuição de bens no meio social, e a justiça comutativa, que seria a justiça das relações interpessoais, uma justiça aritmética.

Aristóteles defende a ideia de uma igualdade material, devendo tratar de forma desigual os que necessitam, visando diminuir as diferenças sociais.

Após este período, houveram os pensadores teológicos, capitaneados por Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.

Santo Agostinho, em sua obra Patrística, defendia que existia a cidade de Deus, que seria perfeita, e a cidade dos homens, no qual existem imperfeições. Para ele, caso existe conflito entre elas, deve prevalecer a lei divina.

São Tomás de Aquino (1225-1274) foi influenciado por Aristóteles, em sua obra escolástica, traz a racionalidade à tona. Divide as leis em: eterna, natural e humana. A lei eterna é a lei divina, a lei natural seria a lei que racionalmente seria ideal para todos, já a lei humana é a lei posta na sociedade.

Ao contrário de Santo Agostinho, para São Tomás de Aquino, no conflito dessas leis, entre a lei natural e a lei dos homens, deve prevalecer a lei humana. Isso porque se as pessoas não respeitarem as leis haveria caos. Já no conflito entre a lei natural, lei humana e a lei divina, aí sim a lei divina deve prevalecer.

### **3.CONCLUSÃO.**

Verifica-se que o termo justiça sofre evolução com o passar dos anos. O justo é abstrato, o ser humano é mutável, devendo-se analisar casuisticamente qual justiça deve ser dada. Não existe uma fórmula de justiça, os operadores do direito devem analisar as circunstâncias sociais, os fatos, fundamentos, para tentar ao máximo se aproximar do justo.

### **4.REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:**

HADOT, Pierre. O que é a Filosofia Antiga? 3. Ed. Tradução: Dion Davi Macedo. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

MARÇAL, Vicente Eduardo Ribeiro. O Conceito da Justiça em Platão. Disponível em <http://www.vicentemarcal.com/2008/09/26/o-conceito-de-justica-em-platao/>.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva . A doutrina do Direito de Emmanuel Kant. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16 , n. 3020, 8 out. 2011 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20165>.

SANTOS, Eduardo Sens dos. JUSTIÇA E MORAL. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/12/justicaemoral>>.

Lordelo, João Paulo. Noções Gerais de Direito e Formação Humanística. 6ª Edição. ISBN 978-65-5680-906-9, ano 2022, disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/nocoes-gerais-de-direito-e-formacao-humanistica-2022>.

## **ANÁLISE COMPARATIVA DOS REGIMES JURÍDICOS DAS FÉRIAS À LUZ DA CLT E DA LEI Nº 8.112/90**

**MARTA HELENA CASTRO ALVES:**  
Graduanda em Direito pelo Centro  
Universitário Católica do Tocantins.

EDNAN GALVÃO SANTOS.

(orientador)

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho de pesquisa foi desenvolvido com o intuito de compreender as diferenças entre as legislações que regulamentam as relações de trabalho no Brasil. Os dois regimes vigentes são: a CLT e Estatuto dos Servidores Públicos Civis. O tema específico do estudo é a diferença entre o recebimento da remuneração no período de férias.

Para os autores Jolair de Ávila Hass e Darlan Machado dos Santos a história do descanso semanal vem dos primórdios da humanidade. Em seu artigo "*Análise Histórica Das Férias No Direito Laboral Brasileiro*", descrevem que a concepção de descanso já era divulgada na tradição teológica antiga. Essa ideia aparece na antiga tradição judaico-cristã, especificamente na Bíblia (Gênesis), segundo a qual Deus criou o mundo em seis dias e, no sétimo dia, descansou.

Destarte, a importância do descanso laboral é mercante para a cultura ocidental, eis que já em priscas eras esse conceito é desenvolvido e divulgado culturalmente pelos povos. Na Idade Antiga, portanto, já estava consolidada a ideia de que o trabalhador precisa resguardar um dia para descansar. Mais do que um direito descrito no Direito Positivo, percebe-se que o descanso laboral assume um caráter sagrado na cultura ocidental, por constituir dogma teológico transmitido pela tradição ao longo dos tempos.

A importância do estudo da história do Direito do Trabalho, para compreendermos de onde as legislações vigentes em nosso país ou no mundo começou a surgir nos ajudará a compreender o motivo de serem desta forma. Recorrendo a história os primeiros relatos sobre manifestações sociais ocorreram em 1 de maio de 1886, uma greve operária ocorrida em Chicago nos EUA, em busca de melhorias trabalhistas em especial horas trabalhadas para 8 horas/dia. Este dia ficou conhecido em todo o mundo como "Dia Do Trabalho". Ao decorrer do artigo HASS e SANTOS (p.4), conta que um dos primeiros países a regulamentar sobre direitos trabalhistas relacionados a férias ou o famoso dia de descanso, foi o Brasil. Foi uma regulamentação de Aviso Ministerial da Agricultura, Comércio e Obras Públicas em 18 dezembro de 1889. Esse direito no momento era restrito somente para os operários daquele órgão e época previa que as férias seriam de 15 dias podendo ser

parcelas. Pode-se se observar esse avanço e tanto para os empregados da época que antes não tinha mal os finais de semana para passar com a família e descansar, agora conseguir 15 dias e ainda podendo ser parcelada caso o trabalhador quisesse, mostrou-se um sonho.

Mas, levando em consideração que os empregadores dos operários observaram que os operários que tinham esse descanso voltavam mais dispostos, que a produção aumentava, que causavam menos confusão e adoeciam menos, as férias que antes era somente de 15 dias, com uma nova regulamentação tornou-se de 20 dias, foi abrangida para outras categorias de operários e os médicos da época observava que era realmente fundamental para saúde dos operários e para o desenvolvimento social.

Surgir um estopim com os murmúros sobre as manifestações das demais classes trabalhistas começaram a se espalhar as reivindicações começam em meados da Primeira Guerra Mundial e logo em seguida é criada a Organização Internacional do Trabalho (OIT) no ano 1919. As principais pautas reivindicadas da época eram: melhorias de trabalho, salários, redução horas trabalhadas, dias de descanso.

Em 1917, o Direito Trabalho brasileiro registra a 1ª greve de operários, que durou 30 dias. Manifestação essa que contia 400 operários de uma indústria têxtil, em São Paulo que sua maioria operarias mulheres, buscavam melhoria do ambiente de trabalho, redução de horas trabalhas e o abuso sexual que as mulheres sofriam.

Os operários começam a ser incentivados pelos conceitos e princípios de Liberdade, Fraternidade e Igualdade trazido por imigrantes europeus em meados da Segunda Guerra Mundial. No Brasil, para acalmar os ânimos de manifestações trabalhistas que estavam a se espalhar no mundo todo. Em 1943, no governo de Getúlio Vargas é promulgada as leis trabalhistas. Foi necessário formular um sistema diferente, as leis que tratassem de relações de emprego, não poderiam ficar espasas, teriam que estar em um único lugar e de fácil conhecimento dos trabalhadores, ao invés de criar um Código de Direito do Trabalho, criou-se uma Consolidação. De acordo com ALMEIDA (p.64:2015):

(...)Distingue-se dos códigos na medida em que não cria um direito novo, sistematizando-o, mas, tão somente, reúne e organiza a legislação vigente. Assim, as regras básicas, fundamentais, que disciplinam as relações de emprego, estão dispostas na CLT, como, aliás, enfatiza o art. 1º supratranscrito. Observe-se que a legislação referida diz respeito, tão somente, às relações de emprego, não abrangendo aquelas outras de trabalho como, por



exemplo, as estatutárias, que regem as relações do funcionário público com o Estado(...).

No Brasil, os trabalhadores do regime celetista são pessoas que estão na classe baixa e classe média, trabalhadores estes que as vezes não tem o conhecimento apropriado e educação financeira, em muitos casos até o acesso à educação é precário. A um grande índice no Brasil de pessoas que abandonam os estudos para trabalhar. O intuito desse trabalho é descobrir, como a forma do recebimento do valor referente ao período de férias estabelecido na CLT em seu art. 145 afeta na rotina dos trabalhadores.

Para o regime estatutário não foi diferente RIGOLIN, em seu livro "*Comentários ao Regime Único dos Servidores Públicos Cíveis*", conta como o servidor público foi deixado de lado ao decorrer dos anos, cita que na Constituição Federal/88 em seu artigo 39 deixa claro que deveria haver a separação dos sistemas. Como podemos ver abaixo:

**Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (Vide ADI nº 2.135)

**Art. 39.** A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Vide ADI nº 2.135).

Ambos os artigos sofreram alterações e foram declarados como inconstitucionais, as alterações feitas através das Ementas Constitucionais nº 19/88 e EC 103/2019, trouxeram uma insegurança para o servidor público, que antes era chamado de funcionário público, com a promulgação da Lei nº 8.112/90 passa a se chamar de servidor público. Tanta insegurança e instabilidade muitos servidores públicos começa a pensar em deixar seus cargos.

Porque a ideia de regime estatutário, sendo parte da Administração Pública, é uma ideia que remetia a estabilidade, periodicidade no recebimento do valor da remuneração, ao trabalho vitalício sem prazo para terminar, algo que na CLT não existe. Porque para um servidor público sair do cargo ou função não é somente uma demissão que fará ele não ter mais emprego. Deve ser motivado a exoneração, renúncia ou processo administrativo (quando o servidor comete algum crime, em meio a administração pública, podendo ser de conduta de corrupção por exemplo).

Outra diferença é quando um servidor público federal entra de férias, no mês posterior ele receberá normalmente o seu salário. Já o trabalhador do regime celetista o mês posterior as férias não terão salário. O intuito da pesquisa é identificar quando o legislador decidiu que no sistema do estatutário do servidor público haveria a periodicidade do salário e quando o legislador do regime celetista identificou que deveria ter o adiantamento do salário férias e a interrupção do pagamento posterior as férias e como este fenômeno afeta a sociedade celetista.

## 2. O REGIME JURÍDICO DAS FÉRIAS NA CLT

Para entender os dois sistemas vigentes temos que falar sobre o Direito, para o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (p.2, 2018) "*O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras –, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno, o direito se bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado. Este último se ocupa dos interesses privados, regulando relações entre particulares.*"

O primeiro Regime Jurídico brasileiro a regulamentar as relações trabalhista, do Direito Privado foi promulgado na Consolidação Trabalhista Lei nº 5452/1943, alterada posteriormente anos depois pela da Lei nº 13.467/2017 (CLT). O segundo Regime Jurídico surgiu 9 anos depois, com a Criação do Regime Único dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais que a primeira foi a Lei nº 1.711/52 e posteriormente alterada para a Lei nº 8.112/1990 regulamentando as relações de trabalho dos servidores públicos.

A CLT, foi um regime que revolucionou as leis trabalhistas no Brasil, regulamentando todas as formas de trabalho, que não fosse servidores públicos, tratando de contratos de trabalho fixo, como os de carteira assinada, trouxe a modalidade de contratos temporários, diaristas, professores, autônomos e vigilantes, entre outros. Tornou-se um sistema amplo para o legislador regulamentar. A separação dos regimes era algo expressamente já regulamentado pelo artigo 39 CF/88, na CLT houve a confirmação que essa separação seria inevitável, em seu art. 7º "Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

*(...)c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições.*

*d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.*

*e) aos empregados das empresas de propriedade da União Federal, quando por esta ou pelos Estados administradas, salvo em se tratando daquelas cujas propriedades ou administração resultem de circunstâncias transitórias.*

*f) às atividades de direção e assessoramento nos órgãos, institutos e fundações dos partidos, assim definidas em normas internas de organização partidária(...).*

Observa-se que a CLT traz nas alíneas acima que o serviço público não seria regulamentado por este sistema, que a forma de legislar deveria ser diferente e específica para cada serviço da Administração Pública, como por exemplo: os cargos, funções, autarquias, fundações públicas e União. A Constituição Federal/88 em Capítulo II artigo 7º incisos de I a XXXIV trata sobre os direitos sociais e direitos trabalhistas expressamente. O inciso XVII, trata das férias, como o legislador diz "gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal".

Elencadas no Capítulo IV, Seção I, artigos 129 a 145 da CLT todo o rol que o trabalhador celetista tem que cumprir para ter direito a férias remuneradas, um deles é o empregado trabalhar durante 12 meses, um período considerado pelo legislador como período aquisitivo, para conceber o direito de 30 dias férias. Com ressalva de que o mesmo não faltasse mais que 5 vezes, se houver faltas sem justificativas a um desconto dos dias de férias. Como prevê no artigo 130 da CLT:

Art. 130 - Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I - 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;

II - 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido de 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III - 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV - 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º - É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º - O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço.

Como pode ser observado acima o legislador deixou especificado como seria o período aquisitivo de férias, caso tenha havido as faltas. O motivo dessas especificações é que como as pessoas que são regidas pela CLT são pessoas de classe média a classe baixa, são pessoas que não tem plano de saúde, são pessoas que se caso um filho ficar doente não tem com quem deixar, caso não puder ir para uma creche, que se caso sofrer um acidente serão aparados pelo INSS. Uma outra previsão da CLT e que o empregado pode oferecer ao empregador vender até 1/3 das suas férias, ficando facultativo o empregador aceitar.

Uma inovação das leis trabalhista é a multa em dobro elencada no artigo 137 da CLT, que caso o empregador não proporcionar as férias ao empregado passado o prazo aquisitivo de 12 meses. Exemplo: Joana teve sua CTPS assinada no dia 10/05/2006 e no dia 10/05/2007 teve seu primeiro período aquisitivo de férias. A partir do momento que Joana completa os 12 meses aquisitivos o que passar para o seu empregador proporcionar as férias da mesma, deve ter adicionado a multa do artigo 137, da CLT.

Além do direito as férias, a CLT trouxe de outros direitos muito importantes os trabalhadores como o direito ao seguro-desemprego, FGTS, décimo terceiro salário, salário maternidade, licença paternidade, licença luto e entre outros direitos sociais.

### **3. O REGIME JURÍDICO DAS FÉRIAS NA LEI Nº 8.112/90**

O Regime Estatutário foi regulamentado com a Lei nº 8.112/90, por se tratar de servidores públicos, que teriam ingresso na Administração Pública, a própria Constituição Federal/88 prevê em seu Capítulo VII, artigo 37 e seguintes sobre a criação de formas distintas de regimes, não teria como a CLT regulamentar sobre todas as formas de ingresso do servidor público, uma peculiaridade de diferenças dos dois sistemas é a forma que se nomeia a remuneração, algumas categorias chamam-se soldo, remuneração, salário, vencimento. No art. 39, 1º, CF/88, o sistema remuneratório observará as seguintes características:

I - a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II - os requisitos para a investidura;

III - as peculiaridades dos cargos;

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p.712,2022) "*Servidores Públicos*" para designar as pessoas que prestam serviços, com vínculo empregatício, à Administração Pública Direita, autarquias e fundações públicas. A administração pública ficou responsável em organizar seus servidores públicos. A primeira organização que podemos elencar é da investidura. O indivíduo pode ser eleito pela população através de alguma candidatura política, ser nomeado a algum cargo de comissão, ser alistado em alguma força militar exército, aeronáutica ou marinha ou passar em um concurso público de provas ou provas e títulos, onde todos tem como pré requisito a nomeação, posse e ser publicado em Diário Oficial da União, todos tramites regulamentados pela Constituição Federal/88 e pela Lei 8.112/90.

RIGOLIN (p. 46:2012), em seu livro deixa claro que era necessária essa separação de sistemas. Porque o servidor público federal realizava funções diferentes de um trabalhador comum, em um trecho ele cita "pretendeu a L. 8.112, dessa sorte, enfeixar em seu bojo todos os institutos, de todas as naturezas, que lhe pareceram necessários para que eficientemente a União pudesse administrar o pessoal vinculado ao serviço público federal".

DI PIETRO (p.713,2022) categoriza os agentes públicos de acordo com a Emenda Constitucional nº 18/98, e são quatro categorias elencadas de agentes públicos:

- 1) Agentes públicos;
- 2) Servidores públicos;
- 3) Militares;
- 4) Particulares em colaboração com o Poder Público.

A organização por categorias criadas pela EC nº 18/98 ressalta que cada unidade da Federação tem autonomia para regulamentar seus servidores como por exemplo: Estatuto para Servidores do Estado, do Município, do Distrito Federal e também cada órgão pode ter suas leis de Regulamento Interno para organização e condutas. Regulamentações estas que não seriam viáveis se fossem somente um sistema único, por trata-se de funções diferenciadas e direitos distintos dos trabalhadores privados era necessária criar a CLT, para

garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores comuns, era necessário também criar a Lei nº 8112/90 para garantir os direitos e deveres dos servidores públicos.

O servidor público assim como o celetista tem direito a férias e ao adicional de 1/3 Constitucional elencado no artigo 76, parágrafo único. Ficou fixado na Constituição que as férias é um direito fundamental do ser humano. Na Lei 8.112/90 as férias estão elencadas a partir do Capítulo III, dos artigos 77 a 80. Lembrando que houve as revogações dos artigos 77, parágrafos 1 e 2, do artigo 78 parágrafo único, do artigo 79 e artigo 80 que não constaram abaixo.

Art. 76. Independentemente de solicitação, será pago ao servidor, por ocasião das férias, um adicional correspondente a 1/3 (um terço) da remuneração do período das férias.

Parágrafo único. No caso de o servidor exercer função de direção, chefia ou assessoramento, ou ocupar cargo em comissão, a respectiva vantagem será considerada no cálculo do adicional de que trata este artigo.

Art. 77. O servidor fará jus a trinta dias de férias, que podem ser acumuladas, até o máximo de dois períodos, no caso de necessidade do serviço, ressalvadas as hipóteses em que haja legislação específica.

§ 1º Para o primeiro período aquisitivo de férias serão exigidos 12 (doze) meses de exercício.

§ 2º É vedado levar à conta de férias qualquer falta ao serviço.

§ 3º As férias poderão ser parceladas em até três etapas, desde que assim requeridas pelo servidor, e no interesse da administração pública.

Art. 78. O pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período, observando-se o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º O servidor exonerado do cargo efetivo, ou em comissão, perceberá indenização relativa ao período das férias a que tiver direito e ao incompleto, na proporção de um doze avos por mês de efetivo exercício, ou fração superior a quatorze dias.



§ 4º A indenização será calculada com base na remuneração do mês em que for publicado o ato exoneratório.

§ 5º Em caso de parcelamento, o servidor receberá o valor adicional previsto no inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal quando da utilização do primeiro período.

Art. 79. O servidor que opera direta e permanentemente com Raios X ou substâncias radioativas gozará 20 (vinte) dias consecutivos de férias, por semestre de atividade profissional, proibida em qualquer hipótese a acumulação.

Art. 80. As férias somente poderão ser interrompidas por motivo de calamidade pública, comoção interna, convocação para júri, serviço militar ou eleitoral, ou por necessidade do serviço declarada pela autoridade máxima do órgão ou entidade.

Parágrafo único. O restante do período interrompido será gozado de uma só vez, observado o disposto no art. 77.

Trouxe os artigos elencados para vislumbrar que não há diferença quando ao método de pagamento das férias, que tanto o servidor público quanto os celetistas tem os mesmos direitos dos 30 dias, que podem ser parcelados e quem tem direito ao 1/3 constitucional.

#### **4. APROXIMAÇÕES E DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES JURÍDICOS**

Ao decorrer das pesquisas verificou-se algumas diferenças e semelhanças perante dois regimes, a primeira semelhança entre eles é que ambos têm o direito fundamental do período de descanso, o adicional de 1/3 constitucional.

A primeira diferença é que o parágrafo 2 do art. 77 da Lei nº 8112/90 diz que é vedado levar à conta de férias qualquer falta ao serviço, enquanto o art. 130 da CLT estabelece uma gradação em que a quantidade de faltas injustificadas repercutirá na quantidade de dias de férias que o empregado terá direito.

A segunda diferença é que a Lei nº 8112/90 admite a acumulação lícita de até no máximo dois períodos de férias, ou seja, admite que o empregado, lícitamente, deixe de usufruir das férias no período concessivo, como se observa do caput do art. 77, caput, da lei. Já a CLT proíbe a acumulação de dois períodos de férias, já que pune o empregador com o pagamento em dobro se as férias não forem concedidas no período concessivo, como se observa do art. 137, caput, da CLT.

A segunda semelhança é que em ambas as férias podem ser parceladas em três períodos, mas a CLT exige que um deles não seja inferior a 14 dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a 5 dias corridos cada um. Compare o art. 134, parágrafo 1, da CLT, com o art. 77, parágrafo 3, da lei 8112/90.

A terceira semelhança é que ambos preveem a existência das férias proporcionais, mas em hipóteses distintas, como se observa, no regime estatutário, do art. 78, parágrafo 3, da Lei nº 8112/90 e, no regime celetista, nas hipóteses de extinção contratual que não sejam dispensa por justa causa (como, por exemplo, dispensa sem justa causa e pedido de demissão).

A quarta semelhança é que em ambos os casos o pagamento das férias (remuneração acrescida de um terço) deve ocorrer até dois dias antes do início das férias. Veja o art. 145, da CLT, e 78, da Lei nº 8112/90.

A terceira diferença é que as férias do servidor público poderão ser interrompidas como prevê o art. 80 da Lei nº 8.112/90, que enquanto na CLT em seu artigo 138 proibi a prestação de serviço do empregado a outro empregador, salvo se o mesmo estiver outro contrato de trabalho vigente.

A quarta diferença é que o empregado da CLT, pode vender suas férias de em até 1/3, ficando facultativo o empregador aceitar, conforme prevê artigo 143 e deve o empregado solicitar 15 dias antes do período aquisitivo o abono pecuniário.

## **5. CONCLUSÃO**

A pesquisa realizada sobre a comparação das duas legislações, verificou-se que o legislador em alguns momentos trouxe semelhanças e em outros momentos trouxe inovações não somente referente as férias, mas ao todo. Ao formular a CLT, o legislador trouxe algo diferente quanto a remuneração, o empregado para ter direito a qualquer remuneração ele deve trabalhar, porque qualquer falta lhe pode ser descontada, resultando que quando o mesmo volta do período de férias o mesmo não tem nada a receber. Algo que talvez futuramente possa ser mudado, como no artigo 147 já prevê o abono pecuniário de 1/3, deixando assim uma esperança no final do túnel de uma melhora as leis trabalhistas. Enquanto o servidor público tem o princípio da investidura e da garantia de estabilidade salário. Mas, essa instabilidade salarial não é um ponto tão positivo assim, ficando anos sem receber o reajuste, deixando salários defasados em relação a inflação e enquanto na CLT é feita o reajuste anual. As legislações trabalhistas vigentes têm muitas diferenças e semelhanças, algo que renderia um livro de comparações.

Não a como ficar delimitado somente em um único tema como férias, são temas que acabam trazendo outros assuntos à tona, que merecem ser citados em outros trabalhos acadêmicos ou por doutrinadores, muitas vezes os legisladores, formulam leis sem o olhar crítico, sem a previsão de como aquela lei, terá influência na vida dos trabalhadores, ao longo do tempo. São legislações que por exemplo, do servidor público promulgada nos anos 90, merecem um olhar crítico de atualizações muitos preceitos desazados, enquanto a nova lei trabalhista promulgada em 2015, entrando em vigência em 2016, trouxe críticas quanto a nova formulação, uma delas trazidas pela OIT, que a nova legislação viola direitos e convenções, inconstitucionalidades.

Concluo que, é necessário um estudo de comparações das legislações para trazer mais proximidades quanto ao direito trabalhista. Porque não importa se o empregado é regido pela CLT ou se o mesmo é denominado servidor público, os mesmos são seres humanos é devem receber com dignidade qualquer direito.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, AMADOR PAES DE. **CLT COMENTADA**. COLABORAÇÃO DOS ADVOGADOS ANDRÉ LUIZ PAES DE ALMEIDA, CAROLINE Z. G. PAES DE ALMEIDA, MARINA BATISTA S. L. FERNANDES E PAULO OCTÁVIO HUESOS ANDERSEN- 9ª ED. REV., ATUAL. AMPLA. - SÃO PAULO: SARAIVA, 2015. DISPONÍVEL EM: [HTTPS://INTEGRADA.MINHABIBLIOTECA.COM.BR/#/BOOKS/9788502627192/cfi/4!/4/4@0.00:26.7](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502627192/cfi/4!/4/4@0.00:26.7). ACESSADO EM 19/02/2021.

BRASIL, PLANALTO. **DECRETO LEI Nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943**. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL\\_03/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM) >. ACESSADO EM 24/03/22.

BRASIL, Planalto. **LEI Nº 8112 11 de dezembro de 1990**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm) >. Acessado em 16/04/2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Ed. 35ª. Rio de Janeiro: Forense, 2022. Disponível em <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559643042/epubcfi/6/10\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5\]!/4/46/1:20\[303%2C-5\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559643042/epubcfi/6/10[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml5]!/4/46/1:20[303%2C-5])>. Acessado em: 16/05/2022.

HASS, JOLAIR DE ÁVILA, SANTOS, DARLAN MACHADO DOS. **ANÁLISE HISTÓRICA DAS FÉRIAS NO DIREITO LABORAL BRASILEIRO**. Disponível em: <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/5920/Jolair%20de%20%C3%81vila%20Hass.pdf?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Com%20a%20publica%C3%A7%C3%A3o%20da%20CLT,pr%C3%B3pria%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20em%201988>. Acessado em 15/04/22.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo revista e atualizada até a Emenda Constitucional 109 de 15.3.2021, e a Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de**

**Licitações e Contratos Administrativos**). Ed. 35<sup>a</sup>, 2019. Forense. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a41ac900656c0c0eab0972cf96393952.pdf>>. Acessado em: 11/05/2022.

MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Grandes Temas de Direito Administrativo 1<sup>a</sup> edição, 2<sup>a</sup> tiragem**. Editora Editores Malheiros. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/a41ac900656c0c0eab0972cf96393952.pdf>>. Acessado em: 16/05/2022.

RIGOLIN, IVAN BARBOSA. **COMENTÁRIOS AO REGIME ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS LEI Nº 8.112, DE 11/12/1990**. 7<sup>a</sup> ED. SÃO PAULO. EDITORA SARAIVA. 2012. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://INTEGRADA.MINHABIBLIOTECA.COM.BR/#/BOOKS/9788502174481/PAGEID/0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502174481/pageid/0)>. ACESSADO EM 22/02/2022.

## **A ACAREAÇÃO NO PROCESSO PENAL E ÔNUS DA PROVA: A INFLUÊNCIA DA RETIFICAÇÃO DE DEPOIMENTO DE VÍTIMA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA**

**MIRIAN RODRIGUES BONIFÁCIO CARDOSO**

**PERON APOLINÁRIO CARDOSO DE OLIVEIRA**

(coautor)

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo fazer uma análise da produção de prova consistente na acareação e no ônus da prova, fazendo uma análise da influência da retificação do depoimento prestado pela vítima de violência doméstica. Assim, foi feita uma breve análise da violência doméstica e familiar, do instituto da acareação e no valor da palavra da vítima e a eventual retificação na fase judicial. Para a realização do trabalho, foi feita análise doutrinária geral, fazendo uma análise das leis processuais pertinentes, leitura de artigos e todo o arcevo disponível em meios digitais, que abordam sobre o tema.

**Palavras-chave:** Acareação. Vítima. Prova.

**ABSTRACT:** This work aims to make an analysis of the production of evidence consistent in the careand burden of proof, making an analysis of the influence of the rectification of the testimony provided by the victim of domestic violence. Thus, a brief analysis of domestic and family violence, the institute of careand the value of the victim's word and the possible rectification in the judicial phase was made. To carry out the work, a general doctrinal analysis was made, making an analysis of the relevant procedural laws, reading articles and all the arcevo available in digital media, which address the subject.

**Keywords:** Caretaker. Victim. Proof.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 Acareação no processo penal; 3 Violência doméstica e familiar; 3.1 Acareação nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar; 3.2 Ônus da prova nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar; 3.2 Valor probatório da palavra da vítima; 3.2.1 Retificação na fase judicial; 4 Considerações finais; Referências bibliográficas.

### **1 INTRODUÇÃO**

Os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar são crimes recorrentes em nossa sociedade e que causam grande aflição na sociedade, em especial às vítimas que sofrem diariamente com essa modalidade delitativa. Muitos desses crimes são cometidos na clandestinidade, em que por vezes, o que se tem é a palavra da vítima de forma isolada, como principal meio de prova, quando não o único.

Em muitos casos, podem haver divergências nas declarações prestadas pela vítima com os demais elementos de prova carreados aos autos, seja com depoimento de

testemunhas, sejam de informantes ou do próprio agressor. Dessa forma, a acareação, meio de prova previsto no Código de Processo Penal, é uma forma de esclarecer as divergências que podem surgir nos autos.

Como será melhor trabalhado no decorrer do processo, entretanto, o acusado do crime não é obrigado a prestar declarações, podendo invocar seu direito constitucional ao silêncio, bem como vítimas não podem ser obrigadas a prestar declarações perante seu agressor, não precisando realizar a acareação.

Diante disso, este trabalho inicialmente irá trabalhar o conceito de acareação no processo penal, sua previsão legal e os pressupostos para que seja produzido, em seguida, será trabalhado o conceito de violência doméstica e familiar, as hipóteses prevista.

Em seguida, será trabalhado a acareação nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, sendo trabalhado o conceito de ônus da prova nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, bem como o valor probatório da palavra da vítima, sendo demonstrada como a palavra da vítima poderá influenciar na convicção do juiz, quando proferir a sentença.

Por fim, será realizada uma breve análise da retificação da palavra da vítima, quando divergentes seus depoimentos prestados nas diferentes fases do processo, na investigação e ação penal, sendo pontuado, por fim, a análise de como a acareação poderá influenciar no processo.

## **2 ACAREAÇÃO NO PROCESSO PENAL**

A acareação no processo penal consiste no colocar a vítima em frente ao seu agressor, para que possa se “enfrentar”, consiste, pois, em colocar na presença uma das outras pessoas que possuem divergências nos seus depoimentos. Trata-se de meio de prova, prevista no Título VII, Capítulo VIII, do Código de Processo Penal (CPP).

Dispõe o art. 155 do CPP, que o juiz irá formar sua convicção através da apreciação das provas produzidas nos autos, sob o crivo do contraditório judicial, não sendo permitido que ele fundamente a decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (BRASIL, 1941).

Dessa forma, vários são os meios de provas que irão ser produzidos ao decorrer da ação penal e àquelas produzidas na fase investigativa, sendo que as provas deverão, quando possíveis, confirmadas na ação penal para que possam dar maior embasamento a decisão judicial e que não se tenha dúvidas no momento em que se proferir a decisão.



A acareação é um dos meios de provas produzidas na ação penal, como supramencionado, ela encontra-se prevista no CPP, nos arts. 229 e 230. Como define os arts. 229 e 230, ambos do CPP, *in verbis*:

Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Parágrafo único. Os acareados serão reperguntados para que expliquem os pontos de divergências, reduzindo-se a termo o ato de acareação.

Art. 230. Se ausente alguma testemunha, cujas declarações diverjam das de outra, que esteja presente, a esta se darão a conhecer os pontos da divergência, consignando-se no auto o que explicar ou observar. Se subsistir a discordância, expedir-se-á precatória à autoridade do lugar onde resida a testemunha ausente, transcrevendo-se as declarações desta e as da testemunha presente, nos pontos em que divergirem, bem como o texto do referido auto, a fim de que se complete a diligência, ouvindo-se a testemunha ausente, pela mesma forma estabelecida para a testemunha presente. Esta diligência só se realizará quando não importe demora prejudicial ao processo e o juiz a entenda conveniente. (BRASIL, 1941)

Como exposto, a acareação irá ocorrer entre acusados e ofendidos, objetivando esclarecer a verdade dos fatos, para que se possa esclarecer eventuais divergências entre as declarações. Para que ocorra a acareação as pessoas já tenham prestado declarações e que haja divergência no relato das pessoas, sobre fatos ou circunstâncias relevantes, podendo ocorrer tanto na fase investigatória, quanto no decorrer da ação penal (TÁVORA; ALENCAR, 2021).

A acareação ocorrerá de forma a esclarecer eventuais divergências entre as declarações prestadas, quando será pedido que as pessoas possam explicar pontos divergentes, momento em que poderão mudar as declarações ou ratificar as declarações prestadas, devendo observar as regras contidas no art. 229 do CPP.

Como explica Nagima (2012), a acareação “poderá ocorrer entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas. Os informantes também podem ser sujeitos da acareação”. Além disso, pontua-se a acareação deverá ocorrer entre as declarações

prestadas em um mesmo procedimento ou processo, não podendo ocorrer entre procedimentos ou processos distintos.

Trata-se, assim, de forma de produção de prova prevista no CPP, a qual serve para esclarecer pontos divergentes que surgem no processo. Contudo, pontua-se que tal meio de prova, não é entendido como o principal meio para solucionar divergências, haja vista que no momento em que formar a sua livr convecção, o juiz deverá observar todos os meios de provas existentes nos autos.

Ademais, o investigado ou acusado, não tem compromisso de prestar compromisso com a verdade, bem como poderá manter-se em silêncio, em vista de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Dessa forma, como será melhor delineado a seguir, se buscará demonstrar que a acareação não se trata de meio de prova relevante, embora possa ser utilizado para sanar divergências, em vista de se poder observar o comportamento da vítima, diante de seu agressor.

Entretanto, deve ser pontuado que, ao passo que o agressor deve ter seu direito constitucional de não produzir prova contra si mesmo preservado, deve ser observado que a acareação, nos casos envolvendo violência doméstica e familiar, podem causar uma revitimização à vítima, como será melhor trabalhado a seguir.

### **3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Os crimes que envolvem a violência doméstica e familiar, não estão tipificados no Lei nº 11340/2006, conhecida popularmente como Lei Maria da penha. Essa lei não visa tipificar condutas, mas criar mecanismos que devem ser adotados no procedimento criminal visando coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Ressalta-se que, embora a previsão de que os crimes abrangidos por essa lei sejam contra a mulher, deve se ressaltar que poderão ser vítimas de violência doméstica e familiar qualquer pessoa que tenha relação afetiva e familiar com seu agressor. Assim, pode-se afirmar que a violência doméstica faz parte do cotidiano de milhares de brasileiras.

A violência contra a mulher perdura no cotidiano das famílias e da sociedade brasileira, apesar dos esforços para combatê-la. A situação continua grave conforme as estatísticas que revelam casos de ofensa verbal, agressão física e homicídio. A Lei 11.340, denominada *Lei Maria da Penha*, sancionada no dia 07 de agosto de 2006, tem se revelado um valioso instrumento para a superação do quadro de violência e morte que tem vitimado as mulheres. É preciso garantir a efetivação dos mecanismos previstos na Lei, de modo a favorecer a superação deste grave problema social e familiar, realizar a justiça e

assegurar a devida assistência às vítimas. Torna-se cada vez mais necessária a divulgação da Lei Maria da Penha para favorecer o seu conhecimento, a reflexão sobre a gravidade desta forma de violência e contribuir para sua erradicação. (ROCHA, 2021)

A violência doméstica é entendida como a violação dos direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal, conforme dispõe o art. 2º da Lei Maria da Penha que, *in verbis*

Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social. (BRASIL, 2006).

O artigo 7º, do mesmo diploma legal, prevê cinco tipos de violência doméstica e familiar contra a mulher, que são a violência física, a violência psicológica, a violência sexual, a violência patrimonial e a violência moral.

A violência física é qualquer conduta que ofenda a integridade física ou saúde corporal da mulher (art. 7º, I, LMP), esse tipo de violência é uma das mais comuns cometidas, trata-se do uso da força para afetar a integridade física da mulher, através de agressões (BRASIL, 2006). A violência física é aquela que configura o crime de lesão corporal, previsto no art. 129, §9º, do Código Penal, crime de tortura, que além de tratar-se de violência física poderá configurar, ainda, violência psicológica.

Art. 129.(...)

### **Violência Doméstica**

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço).

§ 11. Na hipótese do § 9º deste artigo, a pena será aumentada de um terço se o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência.

§ 12. Se a lesão for praticada contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição, a pena é aumentada de um a dois terços.

§ 13. Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos).

A violência psicológica é qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar as ações da mulher (art. 7º, II, LMP), pode ser observado tal conduta no crime de ameaça (art. 147, CP), que é o segundo crime mais comum no âmbito da violência doméstica.

A violência sexual, prevista no art. 7º, III, da Lei Maria da Penha é qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso de força, é a prática dos crimes tipificados nos artigos 213 a 228-C, do CP.

A violência patrimonial é qualquer conduta praticada contra a mulher que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer as necessidades da vítima (art. 7º, IV, LMP).

Por fim, a violência moral é a prática de qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria, que são os crimes tipificados no CP, nos seus artigos 138, 139 e 140, no capítulo que trata sobre os crimes contra a honra.

Nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, é cometido por alguém próximo a vítima, causando grande sofrimento íntimo à vítima, em vista de se ver agredida por alguém a qual tinha confiança, que deveria protegê-la e não agredí-la. Em muitos casos, a vítima deixa de denunciar, acreditando tratar-se de fato isolado ou por temer por uma piora na conduta de seu agressor, ainda, em muitos casos, a vítima é dependente

financeira de seu agressor, o que também influencia para que demore em representar contra seu agressor.

Além disso, pode haver divergências nos depoimentos prestados pela vítima, agressor e eventuais testemunhas e informantes, o que poderá fazer ocorrer a acareação no processo penal para que se possa esclarecer tais divergências.

### **3.1 Acareação nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar**

Como demonstrado a acareação poderá ocorrer para que o juiz possa esclarecer alguns pontos de divergências que surgirem durante o processo. Assim, quando houver divergência entre declarações já prestadas durante o processo, poderá ocorrer a acareação, para que tais divergências possam ser sanadas, visando contribuir de forma positiva para o melhor deslinde da ação.

A acareação poderá ocorrer entre a vítima e seu agressor, ou entre a vítima e as testemunhas. Ocorre que a acareação pode não ser o meio de prova mais eficaz para o deslinde da causa, haja vista que nem sempre eficaz, se analisado de forma isolada para esclarecer eventuais divergências, em vista da sua fragilidade probatória, principalmente nos casos envolvendo a violência doméstica e familiar.

Isso porquê, deve ser observado que nos casos em que a Lei Maria da Penha (LMP), tem a incidência, ocorrer no íntimo da relação afetiva entre duas pessoas, muitas vezes entre ex-companheiros, em que um pode ser ainda dependente do outro. Dessa forma, realizar a acareação, pode reforçar a revitimização na vítima, que se vê constrangida ou até mesmo coagida, diante de seu agressor, em esclarecer eventuais dúvidas.

Não trata-se de meio de prova que pode realmente resolver a divergência, possuindo valor relativo “não há garantias de que a prova previamente existente nos autos – e que em tese resolveria a divergência a ser sanada pela acareação – vincule a formação do convencimento judicial” (MILANEZ, 2016).

Outrossim, deve ser esclarecido que a vítima não tem a obrigação de ficar diante de seu agressor, podendo prestar todas suas declarações sem a presença do investigado ou acusado, o que, mais uma vez, torna a acareação ineficaz nos casos que envolve a violência doméstica e familiar, bem como poderá fazer com que a vítima, diante de seu agressor, mude suas declarações, o que, ainda prejudica o bom deslinde da causa e não protege a vítima da maneira que deveria acontecer.

### **3.2 Ônus da prova nos crimes envolvendo violência doméstica e familiar**

O direito a produzir provas está inserido na Constituição Federal de 1988, como uma das garantias do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV. Trata-se de encargo

atribuído aquele que alega determinado fato de produzir meios que possam provar o alegado, em face de outro. “O instituto da prova é o pilar para todo o ordenamento jurídico penal, a prova é considerada a alma do processo, é utilizada para demonstrar os fatos alegados pelas partes e será o instrumento pelo qual o juiz formará sua convicção” (VANIN, 2015).

Na ação penal, cabe a acusação provar as alegações contra o réu, devendo ser observados os princípios da inocência, da ampla defesa, do contraditório, bem como o princípio da não culpabilidade, em que o réu poderá se manter inerte durante a produção de provas, razão pela qual não precisará provar nenhuma prova contra si mesmo.

Nesse sentido, esclarece Rodrigues (2014) que:

Em que pese a previsão constitucional do estado de inocência do réu, o pensamento majoritário é aquele segundo o qual incumbe à acusação provar apenas os fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade e autoria), cabendo à defesa a prova quanto aos eventuais fatos impeditivos ou extintivos. (RODRIGUES, 2014)

Em que pese a presunção de inocência, fato é que certas provas indicam a culpa daquele que está sendo acusado de um crime. Nos casos envolvendo a violência doméstica e familiar, a mulher, em muitos casos, é vítima de algum tipo de violência que atinge sua integridade física, a qual é passível de prova pericial, prova essa prova cautelares não repetível, em razão de que as agressões por ela sofridas, poderão ter suas marcas desaparecidas com o tempo, aqui, iremos considerar os crimes de lesão corporal, previstos no art. 129 do Código Penal.

Nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, contudo, a prova de maior valor é o depoimento pessoal do ofendido, quando irá relatar a violência sofrida, descrevendo as formas de agressão, o *modus operandi* do acusado. A vítimas, nesse modalidade criminosa, é peça essencial para o deslinde da causa.

Nas ações penais públicas, como ocorre nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, em que a vítima não será titular da ação penal, incumbindo esse ônus ao órgão ministerial, este que deverá indicar os meios de provas que serão produzidos na ação. Assim, poderá indicar testemunhas a serem ouvidas, requerer que se proceda a oitiva da vítima, a produção de provas cautelares, para que se possa provar o alegado e chegar em uma resultado útil da ação penal, visando não somente punir aquele que transgredir a lei penal, mas dar uma resposta para a sociedade e para a vítima, que muito sofrem com a transgressão da lei penal e causa insegura à sociedade com o cometimento de crimes.



### 3.2 Valor probatório da palavra da vítima

Como exposto no tópico anterior, a palavra da vítima envolvendo a violência doméstica e familiar, a palavra da vítima de suma importância, em razão de que, por vezes, os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar são cometidos na clandestinidade, em que por vezes se tem a palavra da vítima isolada nos autos.

Em muitos casos envolvendo a violência doméstica e familiar, como nos casos de lesão corporal, crimes sexuais, crimes contra a honra e ameaça, que são os crimes mais comuns envolvendo a violência doméstica, muitas mulheres deixam de denunciar ou denunciam quando não mais possível a produção de prova pericial. Dessa forma, não há que se falar em vestígios deixados pelo crime, sendo a palavra da vítima o maior meio de prova produzida nos autos.

Nesse sentido, ensina Talon que:

Em alguns crimes, a prova pericial é fundamental para que o Ministério Público conclua pela materialidade da infração. Todavia, nem todos os delitos deixam vestígios. Nesses casos, a palavra da vítima ganha uma maior atenção e valoração por parte dos Magistrados e Tribunais.

Nos crimes sexuais, por exemplo, a palavra da vítima tem grande valor, uma vez que tais crimes, como regra, são praticados de forma oculta, sem a presença de testemunhas.

Assim, a palavra da vítima ganha relevante valor probatório, ainda mais se corroborada por outra prova que integre o processo. (TALON, 2018)

Contudo, ocorre que os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, a vítima prestará suas declarações perante a autoridade policial, tendo outra oportunidade em ser ouvida, durante a instrução criminal. Podendo, até mesmo, mudar suas declarações, em vista que muitas vítimas acabam por se reconciliar com seus agressores e não pretendem prejudicá-los, tentando, assim, mudar as declarações.

A palavra da vítima não poderá ser usado de forma isolada, devendo ser corroborado pelos demais elementos de provas produzidos nos autos, sendo uma tarefa difícil ao juiz, no momento de analisar o mérito processual, quando se tem apenas a palavra da vítima, em isolado, para proferir uma sentença, seja condenatória ou absolutória.

Sobre a matéria ensina Biasotti:

No geral, a palavra da vítima é o primeiro raio de luz que afugenta as sombras em que podia ocultar-se a impunidade. É, em suma, a pedra angular ou viga-mestra do edifício probatório; se em harmonia com os demais elementos dos autos, justifica a procedência da pretensão punitiva e a condenação do réu, pois seu interesse coincide, salvo raras exceções, com o escopo mesmo da Justiça: a busca da verdade real (em prol da inocência oprimida ou para exemplo e castigo do culpado). (BIASOTTI, 2021)

Deve ser esclarecido, ainda, que a vítima não presta compromisso legal, não tendo o dever de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo crime de falso testemunha, podendo, até mesmo, ser conduzida coercitivamente, para prestar suas declarações.

### **3.2.1 Retificação das declarações na fase judicial**

A vítima quando noticia o crime, inicialmente, poderá prestar suas declarações perante a autoridade policial, na fase de investigação, para que se tenha elementos mínimos de justa causa para a persecução penal, podendo indiciar indícios mínimos de autoria e materialidade para justificar o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público.

Contudo, como já expoto, a vítima em muitos casos envolvendo a violência doméstica e familiar poderá se reconciliar com seu agressor ou temer por sua integridade física, o que faz com que em muitos casos mude suas declarações quando ouvida novamente em juízo.

Diante disso, se demonstrado através da oitiva de testemunhas nos autos que há divergências nos depoimentos ou declarações, poderá o magistrado requerer a acareação, nos termos dos artigos 229 e 230, ambos do CPP.

Contudo, a retificação das declarações da vítima na fase judicial, por si só, se em desacordo com os demais elementos de prova produzidos nos autos, não poderá ser usado de forma a justificar uma sentença absolutória, se em contrário a tudo que foi produzido nos autos.

Ocorre que, por vezes, por vários motivos diferentes, as vítimas são levadas a retificarem as declarações prestadas, podendo, até mesmo, ser levada a conduzir a acareação, se necessário para o deslinde da causa. Em razão da fragilidade em que se vê a vítima nos crimes do âmbito da Lei Maria da Penha, que as ações são públicas, cabendo a titularidade da ação ao Ministério Público.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como demonstrado ao decorrer deste trabalho, os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, encontram seu mecanismo no âmbito da Lei nº 11.343/2006, que prevê mecanismos para coibir e prevenir os crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nota-se que a produção de prova nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, por vezes, é frágil ou somente se tem a palavra da vítima para embasar a propositura de uma ação penal contra o agressor, a qual muitas vezes é retificada durante a ação penal, após o oferecimento da denúncia, seja pelo retorno do convívio com o agressor, seja por temor a própria vida, o que dificulta a busca pela verdade real no processo.

O instituto da acareação previsto no Código de Processo Penal, é meio de produção de prova utilizado para que o juiz, quando diante de declarações divergentes, possa esclarecer eventuais dúvidas, devendo ser observados todos as peculiaridades que envolvem essa modalidade delitativa, em vista de toda fragilidade em que está posta a vítima.

Ocorre que em muitos casos a vítima altera as declarações prestadas na fase judicial, o que prejudica que haja uma condenação com elementos sólidos, favorecendo, por vezes, o agressor.

A acareação, de todo modo, não deve ser utilizada de forma isolada e como único meio de esclarecer eventuais divergências, em vista de todas as peculiaridades que envolvem o processo penal. Como exposto a vítima e o agressor não possuem o dever de tratar com a verdade suas declarações, ainda, o agressor pode se manter silente diante das acusações as quais responde, não sendo a acareação um elemento que se mostra satisfatório nos casos envolvendo a violência doméstica.

Além disso, não deve sair do foco o fato de que, os crimes envolvendo a violência doméstica e familiar, são crimes, muitas vezes, cometidos na clandestinidade, o que prejudica, por vezes, a produção de provas, tornando frágeis relatos isolados e contraditórios, quando alterados nas diferentes fases do processo. Destacando-se que em muitos casos não há testemunhas do crime, o que torna a palavra da vítima a prova de maior relevância no processo.

Diante de todo o exposto, entendemos que a acareação trata-se de meio de prova ineficaz quando usado nos crimes envolvendo a violência doméstica e familiar de forma isolada, devendo o juiz se atentar a eventuais mudanças em declarações da vítima e os elementos de prova produzidos durante a fase inquisitorial, embasando-se na sua livre convicção para a formação de seu convencimento sobre a culpa daquele que está sendo acusado em uma ação penal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 19.699, 13 de out. de 1941.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 23.911, 31 de dez. de 1940.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006a. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 08 de ago. de 2006.

BIASOTTI, Carlos. **A palavra da vítima e seu valor em juízo**. 02/02/2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88313/a-palavra-da-vitima-e-seu-valor-em-juizo>. Acesso em: 14 mai 2022.

MILANEZ, Bruno. **O que se entende por acareação no processo penal?** Canal Ciências Criminais, 17/10/2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/acareacao-no-processo-penal/>. Acesso em: 13 mai 2022.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Da acareação no processo penal**. DireitoNet, 20/05/2012. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7267/Da-acareacao-no-Processo-Penal>. Acesso em: 13 mai 2022.

ROCHA, Cardeal Sergio da. **Violência Doméstica**. CNBB, 05/10/2021. Disponível em: <https://www.cnbb.org.br/violencia-domestica/>. Acesso em: 14 mai 2022.

RODRIGUES, Bárbara Bianca. **O ônus da prova no processo penal brasileiro**. Disponível em: <https://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/144997853/o-onus-da-prova-no-processo-penal-brasileir>. Acesso em: 14 mai 2022.

TALON, Evinis. **A palavra da vítima no processo penal**. Evinis Talon, 23/04/2018. Disponível em: <https://evinistalon.com/palavra-da-vitima-no-processo-penal/>. Acesso em: 14 mai 2022.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15ª ed., ree., rev. e atual. Salvador: Juspoivim, 2021.

VANIN, Carlos Eduardo. **O ônus da prova no CPP**. JusBrasil, 2015. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/194054162/o-onus-da-prova-no-cpp>. Acesso em: 13 mai 2022.

## **DIREITOS DO NASCITURO E OS DIREITOS REPRODUTIVOS DA MULHER: QUANDO OS PRINCÍPIOS ENTRAM EM ROTA DE COLISÃO**

**VITOR SOUZA DA SILVA:**  
Bacharelado em Direito pela  
Universidade Federal do Amazonas

**Resumo:** O presente trabalho visa analisar os diversos aspectos jurídicos e sociológicos referentes a criminalização do aborto no Brasil. Para esse propósito é considerada a carga histórica de desigualdade historicamente enfrentada pelas mulheres no mundo ocidental, bem como a condição jurídica concedida ao nascituro. Dessa forma, busca-se ponderar, inspirando-se nas teorias alemãs, os princípios em colisão, notadamente a autonomia e liberdades reprodutivas da mulher, em face ao potencial de existência humana do nascituro. As referidas considerações são realizadas mediante estudo da bibliográfica relacionada ao tema, com abordagem quantitativa e uso do método dedutivo. Ao fim, ao se basear na matriz filosófica kantiana da dignidade da pessoa humana, esse trabalho volta sua atenção aos danos causados pela criminalização do aborto à própria condição humana da mulher brasileira, e a conseqüente mitigação de sua titularidade de direitos.

**Palavras-chave:** Bioética; Direitos Fundamentais; Criminalização do aborto; Colisão de Princípios.

**Abstract:** The present job aim to analyze the varied legal and sociological aspects related to the criminalization of abortion in Brazil. For that purpose it is considered the historic charge of inequality historically faced by women in western world, as well as the legal condition granted to the unborn. Thus is intended to ponder, drawing inspiration from the german theories, the principles in collision, notably the autonomy and reproductive freedom of women, in face of the potential of human existence of the unborn. The referred considerations are carried out by the study of the bibliography related to the theme, with quantitative approach and use of the deductive method. Lastly, by relying in the Kantian philosophic base of human dignity, this job turns its attention to the damage caused by the criminalization of abortion to the very human condition of the brazilian women, and the resultant mitigation of their ownership of rights

**Key-words:** Bioethics; Fundamental Rights; Criminalization of abortion; Collision of Rights.

### **1. INTRODUÇÃO**

No âmbito do direito constitucional contemporâneo, o respeito aos direitos fundamentais é um dos alicerces centrais do ordenamento jurídico, e um aspecto imprescindível na relação entre o Estado de Direito e os cidadãos.



Nesse sentido, o primeiro dos direitos fundamentais, e que serve de premissa para os demais é o direito à vida.

No decorrer dos últimos séculos, a forma como o direito à vida se manifesta nas Constituições e ordenamentos jurídicos vem evoluindo e se ampliando. Inicialmente, o direito à vida surge em conjunto com os demais direitos fundamentais de primeira geração. Estes são os direitos de caráter negativo, que se destinam principalmente ao Estado, e exigem apenas uma abstenção por parte desse. Ou seja, a manifestação primária do direito à vida é o dever do Estado não usar violência contra seus próprios cidadãos.

Todavia, com a evolução do direito constitucional, o escopo do direito à vida se ampliou, e passou a se manifestar e refletir em diversos outros direitos, como os direitos à saúde e segurança (direitos de segunda geração) e até o mesmo o direito ao meio ambiente (direito de terceira geração).

Dessa forma, no contexto brasileiro pós Constituição Federal de 1988, é dever do Estado garantir a vida das pessoas não somente por simples abstenção, mas de fato agindo positivamente e utilizando dos seus recursos para proteger e cuidar dos cidadãos, bem como para punir aqueles que ferem a integridade dos outros.

É nesse contexto que surge, por exemplo, o crime de homicídio, o qual foi incluído no Código Penal para proteger o bem jurídico da vida. Ainda, teoricamente com esse mesmo objetivo, o legislador incluiu o crime de aborto no Código. E é justamente esse crime que será tema desse trabalho.

Dentre os mecanismos jurídicos de proteção do direito à vida, a criminalização do Aborto é um dos mais polêmicos. Isso se deve a vários motivos, como sua baixa eficácia prática, marginalização de mulheres de baixa renda, e notadamente a violação da isonomia e da liberdade reprodutiva e sexual feminina.

Tendo isso em vista, será feito uma análise da bibliografia acerca do tema, visando estudar as consequências do choque entre os princípios em jogo, priorizando os aspectos de direito constitucional e teoria de direitos fundamentais, bem como considerando os aspectos intrinsecamente sociológicos, políticos e religiosos da problemática.

## **2. A DISCUSSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS FEMININOS EM MEIO À POSIÇÃO DE DESIGUALDADE DA MULHER NA SOCIEDADE.**

É relevante que primeiro passo em qualquer debate acerca de direitos das mulheres seja reconhecer o difícil contexto histórico da sociedade ocidental e sua relação com a condição de mulher.

A situação de desigualdade entre os sexos é um fato social e histórico que vem sendo amplamente estudado. Existem estudos feministas que associam o histórico de subordinação da mulher ao próprio nascimento da sociedade moderna. A filósofa britânica *Carole Patemen* faz uma reinterpretação das teorias contratualistas sob uma perspectiva feminista, defendendo que o próprio contrato social é intrinsecamente ligado ao poder masculino:

O contrato social é uma história de liberdade; o contrato sexual é uma história de sujeição. O contrato original cria ambas, a liberdade e a dominação. A liberdade do homem e a sujeição da mulher derivam do contrato original e o sentido de liberdade civil não pode ser compreendido sem a metade perdida da história, que revela como o direito patriarcal dos homens sob as mulheres é criado pelo contrato. A liberdade civil não é universal – é um atributo masculino e depende do direito patriarcal. (PATEMAN, pgs. 16/17, 1993)

Nesse sentido, o poder patriarcal é um aspecto fundador e fortemente enraizado na sociedade moderna, de forma que no decorrer da história a mulher esteve constantemente em condição de desigualdade em relação ao homem.

Tal relação de subordinação se demonstra de diversas formas, e subsiste até hoje. Por esse motivo, para o adequado tratamento jurídico sobre assuntos com uma perspectiva de gênero, é imprescindível o reconhecimento das assimetrias, bem como das diversas formas de subordinação da mulher, que se iniciam na esfera privada e desenvolvem-se nos diversos contextos da esfera pública (AQUINO, KONTZE, p.260, 2014).

No que se refere ao aborto mais especificamente, é ainda mais latente a indissociabilidade entre esse debate e o crescimento do feminismo e movimentos de emancipação feminina. Afinal, as manifestações feministas, especialmente a partir dos anos sessenta e setenta do século XX (a chamada segunda onda do feminismo) foram as principais responsáveis pela legalização do aborto em inúmeros países europeus e estados norte-americanos (MACHADO, 2017).

Notadamente, a legalização do aborto em diversos países se deu pelo fato do movimento feminista ter demonstrado a brutalidade e indignidade que as mulheres que realizam o aborto enfrentavam.

Com isso, foi necessária a eclosão das denúncias do aprisionamento, a morte ou morbidade que afligiam as mulheres que abortavam, para serem desvelados e contraditados os fundamentos, especialmente os religiosos, da condenação do aborto (MACHADO, 2017).

Atualmente no Brasil, esse contexto de indignidade para com a mulher que pretende realizar um aborto ainda é uma marcante realidade. Apesar da criminalização, o aborto ainda é extremamente comum em nosso país, especialmente entre mulheres mais velhas, com menor renda e não brancas:

A proporção de mulheres que fizeram aborto, bem como outros fatos cumulativos relacionados à vida reprodutiva, cresce com a idade. Essa proporção varia de 6% para mulheres com idades entre 18 e 19 anos a 22% entre mulheres de 35 a 39 anos, evidenciando o quanto o aborto é fenômeno comum na vida reprodutiva das mulheres. A análise desta proporção permite inferir que, ao final de sua vida reprodutiva, mais de um quinto das mulheres no Brasil urbano já abortaram. (SANTOS et al, p. 497, 2013).

A prática do aborto é mais acentuada entre mulheres de escolaridade muito baixa, haja vista que dentre as que realizaram o aborto 23% têm até o quarto ano do ensino fundamental e cerca de 12%, o ensino médio concluído. O abortamento espontâneo, assim como o provocado, ocorre em maior frequência nas mulheres não brancas, com mais de um filho nascido vivo e união estável (SANTOS et al, p. 497, 2013).

Tendo em vista esses fatos, nota-se que a realidade do aborto é trágica no Brasil, e a sua criminalização, do ponto de vista prático, é altamente ineficaz, afetando majoritariamente grupos de mulheres em situação de vulnerabilidade, as quais acabam tendo que enfrentar o adicional do temor a punição do próprio Estado.

Outro aspecto marcante que põe a mulher em situação de desequilíbrio em relação ao homem, é uma simples diferença de liberdade. Homens podem muito mais facilmente, e basicamente sem punição, escolher não ter filho. O abandono parental tem crescimento vertiginoso e números surpreendentes no Brasil, de forma que entre 2005 e 2015 o Brasil ganhou mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras. (VALESCO, 2017). Ainda, dados do CNJ expõem que há 5,5 milhões de crianças brasileiras sem o nome do pai na certidão de nascimento. (ANDRADE, 2018).

Além dessas problemáticas realidades do mundo social, a desigualdade entre os sexos obviamente também afeta o campo jurídico, no qual também por longos períodos da história ocidental a mulher teve sua condição como sujeito de direitos negada ou mitigada. No ordenamento jurídico atual, a Constituição de 1988 determina a igualdade entre todas as pessoas, independentemente de gênero. Porém, a antropóloga feminista Lia Zanotta Machado, ao estudar o debate público acerca do aborto no Brasil se vê obrigada

a questionar se a mulher de fato é considerada como sujeito de direitos no âmbito legal e político brasileiro.

O debruçar-me sobre as falas de defensores do direito absoluto ao conceito exigiu analisar sobre o que e como se referem às mulheres. Permitiu desvelar que foi sobre a categoria da sacralidade da maternidade, seja ela “dolorosa” ou “radiante”, mas sempre “acolhedora” e “cuidadora”, que foi possível que, no enunciado, as mulheres pudessem ter sido desvestidas de seu atributo de sujeitos de direitos [...] Tal narrativa de fato propugna o valor e a volta da mulher ao lugar tradicional de subordinação, obediência e ajuda ao marido/companheiro. Propugna que o Estado regule a criminalização máxima (crime hediondo) de qualquer forma de aborto em qualquer circunstâncias. Visa reinstaurar, engrandecendo-o, o poder masculino familiar e, em seu nome, o controle sobre as mulheres no terreno da sexualidade e da reprodução. (MACHADO, p. 33, 2017)

O ponto de vista apresentado acima, bem como os demais argumentos presentes nesse tópico, exemplificam o quanto a teórica condição de igualdade jurídica da mulher no Brasil ainda é questionável na prática, bem como serve para introduzir uma discussão chave desse trabalho: a condição de pessoa da mulher em detrimento da condição de pessoa do nascituro.

### **3. A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO.**

Os crimes referentes ao aborto encontram-se tipicados nos artigos 124, 125, 126 e 127 do Código Penal brasileiro, estando presentes no Título I da parte especial “Dos crimes contra a pessoa”, e no capítulo desse título “Dos crimes contra a vida”. Ou seja, esses crimes buscam proteger o bem jurídico vida, mas precisamente, vida humana, sendo comumente argumentado que a criminalização do aborto visa garantir o direito constitucional à vida, constante do artigo 5º da CF/88.

De forma similar, o artigo 2º do Código Civil determina: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Percebe-se então, uma nítida intenção do ordenamento jurídico em proteger o nascituro. Apesar de haver grande polêmica se essa norma do Código Civil configura ou não o nascituro como um sujeito de direitos, é inegável que é conferida importância jurídica a sua existência, mesmo desde a concepção.

Nesse sentido, a discussão sobre a criminalização do aborto é constantemente associada a debates acerca dos limites da vida, com argumentos filosóficos, religiosos e científicos expondo diversos caminhos possíveis. Contudo, uma observação interessante é que esse mesmo debate pode ser visto por outras óticas. Pode-se interpretar a discussão acerca da condição do nascituro, não focando como no debate acerca dos limites da vida, mas sim na abrangência do conceito de pessoa.

Naturalmente, não há dúvidas que o nascituro é uma coisa viva, sendo certo também que muitas coisas vivas não são sujeitos de direito. Dessa maneira, o que faz com o direito proteja o nascituro não é o fato desse conter células vivas, mas sim o seu potencial de ser tornar uma pessoa. Em outras palavras, é atribuído (em algum nível) o valor de pessoa ao nascituro.

Sob essa perspectiva, a pergunta central do debate não seria "Quando se inicia a vida humana?" e passaria a ser "Até que ponto a condição do nascituro deve ser equiparada a condição de pessoa humana?", ou "em que momento o nascituro se torna uma pessoa, e portanto, titular de direitos?". Essas variações nas perguntas, apesar de, em essência, discutirem sobre as mesmas coisas e de serem todas igualmente importantes, servem para abordar o debate sob óticas e métodos diversos.

No campo jurídico, o termo pessoa refere-se a um ente individual ou coletivo que goza de direito ou obrigações, ou seja, um sujeito de direitos. Como mencionado, o Código Civil determina que a personalidade civil inicia-se no nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Há diversas interpretações dessa norma, que ora é interpretada apenas como uma expectativa de direitos do nascituro, que serão efetivamente adquiridos no nascimento, e ora é interpretada como uma garantia expressa de direitos do nascituro, o que o tornaria um sujeito titular de direitos (CUNHA, p. 131, 2007).

De fato, muitos argumentos favoráveis a criminalização do aborto se baseiam no ideal que a vida do nascituro tem o mesmo valor que a vida de qualquer pessoa, sendo esse um pensamento frequentemente baseado no dogma religioso de sacralidade da vida. Com isso, os contrários ao aborto argumentam que o feto não se distingue de um recém-nascido, se opondo aos que defendem a possibilidade de interrupção da gestação focando a questão nos direitos da mulher, e não no limite ético de definição da vida (GOMES, MENEZES, p.82, 2007).

O exposto acima salienta a importância da análise do valor atribuído ao nascituro, de forma que esse possa ser comparado ao valor atribuído à mulher, a qual na história frequentemente sequer foi considerada sujeito de direitos.

Portanto, a criminalização do aborto inevitavelmente recai sobre uma ponderação de princípios em colisão, os quais, em razão da temática intimamente ligada ao conceito de pessoa, devem ser sopesados sob o guia da dignidade da pessoa humana.

#### **4. A PONDERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS EM COLISÃO SOB O GUIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Em sequência, destaca-se que os dois tópicos anteriores serviram de base, expondo os detalhes essenciais acerca dos entes envolvidos na polêmica do aborto, e salientando os aspectos mais relevantes, como a histórica posição de desigualdade da mulher e a condição jurídica do nascituro. E sempre favorável levar esses pontos em consideração quando se analisa a ponderação dos princípios envolvidos na criminalização do aborto.

Ademais, superada essa etapa do estudo e antes de prosseguir, cabe discorrer brevemente acerca dos entendimentos da doutrina acerca dos princípios de direitos fundamentais e suas formas de interpretação.

Inicialmente, deve-se considerar que esses princípios funcionam como um sistema, uma vez que se encontram em permanente interação e, conseqüentemente, em constante colisão (CARDOSO, p. 139, 2016). Por isso, a ciência jurídica no decorrer do tempo criou certos métodos, formulados pela doutrina e jurisprudência internacionais, para tentar solucionar da melhor forma possível a colisão de princípios.

E solucionar “da melhor forma possível” é a descrição adequada. Segundo a visão do jurista alemão Robert Alexy os princípios são mandados de otimização, que se caracterizam por não serem “tudo ou não nada”. Com isso, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, de acordo não só com as possibilidades fáticas, mas também jurídicas, as quais são influenciadas pelos demais princípios e regras colidentes (ALEXY, p.90-91, 2008).

Tendo em vista essa complexidade do sistema de direitos fundamentais, Robert Alexy, por meio do estudo da técnica da ponderação desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, defende que, em abstrato, todos os princípios têm a mesma importância. Contudo, no evento de colisão entre princípios, deve ser feita análise das condições fáticas e jurídicas do caso específico, para que se possa determinar qual norma será priorizada, e qual terá sua aplicação mitigada nessa hipótese (CARDOSO, p.145, 2016).

Acerca da técnica da ponderação mencionada acima, essa é considerada por Alexy como o procedimento para solução da colisão entre direitos fundamentais, e ele também



dita que essa técnica deve ser guiada pelo princípio da proporcionalidade, o qual o jurista alemão chama de “máxima”, e divide em três subprincípios:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ALEXY, pgs. 116-117, 2008)

Pelo exposto, apesar de existirem diversas doutrinas e teorias sobre as melhores formas de lidar com colisões de princípios, pode-se extrair dos ensinamentos clássicos de Alexy a intenção básica que sempre permeia a ponderação de direitos fundamentais: as normas devem ser aplicadas no caso concreto de forma a causar o mínimo de dano e de ferir o mínimo possível o ordenamento jurídico.

Em vista a impossibilidade de se seguir todos os princípios simultaneamente, a solução que chegue mais perto disso deve ser escolhida. Essa visão é uma decorrência lógica da intenção dos sistemas constitucionais modernos em proteger os direitos fundamentais o máximo possível, e com o fundamento central da dignidade humana.

No campo da bioética e biodireito, essa intenção de minimizar danos aos direitos fundamentais também se manifesta, mediante o chamado princípio da beneficência. “Desse modo, o princípio da beneficência se assenta no reconhecimento do valor moral do outro, e leva em consideração que maximizar o bem do outro, supõe reduzir o mal” (CAMPOS, OLIVEIRA, p.21, 2017).

Retomando a discussão do aborto, naturalmente, essa temática, por ser um *hard case* com colisão de diversos direitos fundamentais, é um dos casos em que a ponderação e princípio da proporcionalidade devem ser aplicados.

Em realidade, há mais de dois princípios em colisão no debate acerca da criminalização do aborto, tendo em vista a grande complexidade do tema. Existem diversos aspectos que influenciam a discussão moral e religiosa relacionadas à interrupção de gravidez, bem como vários fatores jurídicos que se empilham e se cruzam em direções diversas:

É possível afirmar que no grupo pró-vida há a precedência das categorias *vida* e *família*, ao passo que no grupo pró-escolha a primazia é das categorias de *autonomia* e *igualdade*. Os primeiros

buscam a precedência do modelo tradicional de família e concebem a vida desde a concepção como direito absolutamente inviolável, ao passo que os segundos procuram construir a mulher como indivíduo pleno no ordenamento Estatal, reconhecendo-a, a partir do preceito da isonomia, como sujeito de direitos sociais e individuais. Bens jurídicos e modelos de relações de gênero são confrontados entre si e, se a Constituição anuncia a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, a questão do aborto emerge como um terreno atravessado por linhas de força que se perpassam em direções variadas (CUNHA, pgs. 128/129, 2007).

O trecho acima resume adequadamente a complexidade do debate. Apesar disso, pode-se perceber certos padrões que facilitam a análise do tema. 1) O grupo contrário ao aborto dá o valor máximo a vida do nascituro, vendo-a com a mesma inviolabilidade de uma pessoa nascida; 2) O grupo a favor do aborto não considera a vida do nascituro tão inviolável a ponto de ser mais importante que a dignidade humana da mulher.

Logo, como delimitação da abordagem, esse trabalho visa abordar o debate do aborto com enfoque principal nos dois pontos acima, por serem aspectos recorrentes da discussão, e que já foram introduzidos e tratados brevemente acima. Assim sendo, serão esses os aspectos principais a serem considerados na ponderação dos princípios em colisão (direitos da mulher em face dos possíveis direitos do nascituro).

Por conseguinte, como dito anteriormente, é pertinente identificar o valor humano atribuído ao nascituro, para que se possa ponderar o seu direito à vida com os direitos da mulher envolvidos, e assim identificar o caminho menos danoso a dignidade humana.

Um dos pontos principais para essa análise é entender se o nascituro, para propósitos jurídicos, deve ser considerando um ente próprio e independente da mãe, ou apenas uma parte dela.

O ponto de vista dos defensores da criminalização do aborto costuma ser que o nascituro é um ente próprio, de forma que a gestante violaria o direito à vida de outro ao interromper a gravidez. Tal entendimento, frequentemente é embasado nos ideais religiosos de sacralidade da vida, e de “plano de Deus” para o embrião, conforme se verifica no texto de justificativa do Projeto de Lei 5376/2005, o qual objetivava proibir a comercialização do anticonceptivo conhecido como “pílula do dia seguinte”:

Que argumentos teríamos para defender a vida, ainda no ventre materno? Inúmeros. Mas podemos resumir em apenas um, importantíssimo a toda humanidade: toda vida, ainda no ventre, tem

um plano pré-estabelecido por Deus. É uma obra da Sua Criação e significará, em maior ou menor grau, um componente indispensável na relação que se estabelece entre todos os seres vivos. (BRASIL, 2005)

Dessa forma, verifica-se que existem grupos que intentam proteger a vida intrauterina o máximo possível, entendendo mesmo os embriões com poucos dias de existência como inclusos na inviolabilidade do direito à vida.

Por outro lado, existem os que argumentam que a pessoa surge apenas após o nascimento com vida, e nesse momento se configura como sujeito de direitos e obrigações, conforme esse do jurista Sergio Abdalla Semião:

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte desta, como se afirma nas fontes romanas mencionadas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. [...]

O nascimento com vida é o fato jurídico gerador da personalidade civil da pessoa. Se o neonato é um natimorto, diz-se que nunca existiu (SEMIÃO, pgs. 138-139, 2015)

Assim sendo, o entendimento jurídico sobre o assunto parece ser que os nascituros não são sujeitos de direitos, por não serem pessoas ainda, porém, gozam de certa proteção estatal justamente em razão desse potencial de se tornarem seres humanos.

Para se considerar o campo de abrangência dessa proteção jurídica deve-se questionar se os nascituros, apesar de não serem sujeitos de direitos, são titulares de dignidade da pessoa humana. Em vista disso, segue o trecho do renomado constitucionalista Ingo Sarlet, no qual é demonstrada a matriz essencial da dignidade da pessoa humana:

É do conhecimento de todos que a matriz filosófica moderna da concepção de dignidade humana tem sido reconduzida essencialmente e na maior parte das vezes ao pensamento do filósofo alemão IMMANUEL KANT [...] A formulação kantiana coloca a idéia de que o ser humano não pode ser empregado *como simples meio* (ou seja, *objeto*) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado *como fim em si mesmo* (ou seja, *sujeito*) em qualquer relação, seja em face do Estado seja em face de particulares. Isso se deve, em grande medida, ao reconhecimento de um valor intrínseco a cada existência humana, já que a fórmula de se

tomar sempre o ser humano como um fim em si mesmo está diretamente vinculada às idéias de autonomia, de liberdade, de racionalidade e de autodeterminação inerentes à condição humana. A proteção ética e jurídica do ser humano contra qualquer "objetificação" (SARLET, FENSTERSEIFER, p. 70, 2007).

Portanto, o princípio da dignidade humana nasce do ideal de que todos os humanos possam controlar suas próprias vidas plenamente, de que cada pessoa se autodetermina como um ente em si mesmo, um indivíduo no sentido próprio da palavra, único e independente, com seus próprios sonhos e angustias.

É nesse contexto que a criminalização do aborto se demonstra como uma ferida na sociedade. Ao proibir as mulheres de interromperem as próprias gestações, é violado o ideal kantiano do "ser humano como fim em si mesmo", pois nesse momento, a mulher deixa de ser vista uma pessoa, e se torna um objeto, um "humano como simples meio" obrigado a produzir aquela criança, uma ferramenta que existe para gerar outras vidas.

Ademais, utilizando novamente da matriz kantiana da dignidade humana, pode-se notar que é problemático estender essa titularidade de dignidade ao nascituro, pois esse não tem autonomia ou liberdade, por estar inevitavelmente vinculado à mãe, tampouco há como se falar que o nascituro tem objetivos, emoções, ou qualquer forma de se autodeterminar como indivíduo.

Dessarte, o crime do aborto sinaliza uma valorização maior da proteção da vida do nascituro, mesmo esse não sendo completamente um sujeito de direitos, do que da autonomia e isonomia das mulheres, as quais inegavelmente portam a qualidade de pessoa, com titularidade intrínseca de dignidade humana.

Retomando o aspecto da colisão de princípios, também há de se considerar que a técnica de ponderação mediante o princípio da proporcionalidade, ao determinar que se busque a solução que menos viole o sistema de direitos fundamentais também permite uma interpretação favorável a descriminalização do aborto.

Portanto, no que se refere à dignidade humana entendida como valor intrínseco, há apenas um direito fundamental favorecendo a posição antiaborto — o direito à vida — contraposto por dois direitos fundamentais favorecendo o direito de escolha da mulher — a integridade física e psíquica e a igualdade. (BARROSO, p. 101, 2012)

Outrossim, não é apenas a quantidade de princípios envolvidos que desfavorecem a criminalização do aborto. Do ponto de vista dos subprincípios da

necessidade e adequação, deve-se salientar que a criminalização do aborto não é o único meio pelo qual o ordenamento jurídico pode proteger da vida do nascituro, certamente não é meio menos danoso ou oneroso, e possivelmente não é também o mais eficiente. Afinal, deve-se lembrar do caráter *ultima ratio* do direito penal.

Assim sendo, é completamente possível a substituição da tutela penal e punitivista do aborto, por meios socialmente mais adequados, destinados a orientar as gestantes, com foco em suas saúdes psíquicas e físicas, e considerando suas condições sociais e raciais. Ou seja, em caso de supressão da tutela penal do aborto, não significaria necessariamente o abandono da proteção do direito à vida. Existem outros meios para se buscar redução tanto dos casos de interrupção de gravidez quanto de seus riscos colaterais, protegendo também as mulheres que decidem pelo aborto, tal como se deu na Alemanha (SARLET, p. 198, 2014).

Por fim, cabe considerar os importantes aspectos mencionados no primeiro tópico desse trabalho. A mulher enfrentou historicamente uma posição menos favorecida na sociedade, de forma que são necessárias muitas mudanças para que se alcance o equilíbrio adequado. Dessa feita, deve ser considerado o artigo 3º, IV da Constituição Federal: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, bem como o artigo 5º ao promover os princípios da isonomia e igualdade entre os sexos.

Mesmo indo além da Constituição Federal brasileira, as teorias de filosofia do direito renomadas atualmente costumam dar destaque a função do Estado em promover a igualdade. Como é o caso da teoria de justiça de John Rawls, segundo a qual o Estado deve priorizar a tarefa de igualar os cidadãos em suas circunstâncias básicas (AQUINO, KONTZE, p.2603, 2014).

Em vista de todo o exposto, garantir os direitos reprodutivos e sexuais da mulher seria um passo importante para sedimentar a posição dos indivíduos do sexo feminino como titulares de direitos, dando mais espaço para que essas assumam controle de suas próprias existências. É o favorecimento da dignidade humana de cada pessoa, com a mulher podendo ser um fim em si mesmo.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho visou analisar principalmente os aspectos constitucionais da criminalização do aborto, especialmente mediante o enfoque na teoria dos direitos fundamentais e no princípio guia da dignidade humana.

Inicialmente, buscou-se sedimentar a discussão com a carga histórica e sociológica envolvendo a desigualdade enfrentada pelas mulheres. Com isso, ao considerar

a tendência de nossa sociedade em desconsiderar a mulher como sujeito de direitos, pode-se ver com mais clareza os dilemas e interesses em jogo na criminalização do aborto.

Em seguida, ao analisar os aspectos jurídicos relacionados ao nascituro, verificou-se que, de fato, esse é alvo de proteção jurídica, apesar de não ter garantida claramente uma posição como sujeito de direitos.

Em vista desses fatos, e inspirando-se na técnica da ponderação alemã para colisão entre direitos fundamentais, comparou-se os direitos em jogo, a potencialidade de existência humana do nascituro, em face da autonomia e isonomia das mulheres.

Por fim, certamente a criminalização do aborto no Brasil, por envolver tantas normas de nosso ordenamento, e principalmente princípios de direitos fundamentais se configura como um verdadeiro *hard case* que continuará a ser discutido no campo jurídico brasileiro por bastante tempo.

Dessa forma, não é possível exaurir o tema em uma única pesquisa ou estudo, razão pela qual apenas objetivou-se abordar a discussão sob uma certa perspectiva e delimitação.

Dito isso, ao se guiar pelo sistema de princípios constitucionais brasileiros, especialmente a dignidade da pessoa humana, remetendo-se a sua matriz na filosofia kantiana, o presente trabalho chama a atenção para os graves danos que a criminalização do aborto causa a condição de pessoa das mulheres que desejam interromper uma gestação.

Portanto, a tutela penal do aborto se demonstra como um meio frequentemente brutal de tentativa de proteção do direito à vida, sendo notável o pouco valor que é dado no espaço público brasileiro à liberdade sexual e reprodutiva da mulher. Com isso, ocorre verdadeira mitigação da autonomia e liberdade de autodeterminação da mulher, os quais deveriam ser intrínsecos a todo humano.

A criminalização do aborto dá sinais de ser um sintoma de um grande e antigo mal da sociedade brasileira, o posicionamento da mulher como “simples meio”, e não como “fim em si mesmo”.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **A teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Editora Malheiros, 2008.



ANDRADE, Paula. Averbação de paternidade é gratuita para todos, diz CNJ. **Agência CNJ de notícias**. Notícias CNJ, 16 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/averbacao-de-paternidade-e-gratuita-para-todos-diz-cnj>

AQUINO, Quelen Brondani de; KONTZE, Karine Brondani. O "contrato sexual" e a promoção dos direitos e garantias fundamentais da mulher na sociedade contemporânea. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, Edição Especial n.42, p.<250-267>, jul./dez. 2014

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 13/10/2020.

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

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Projeto de Lei 5.376/2005**. Carlos Nader. Proíbe a comercialização, da chamada "pílula do dia seguinte", e dá outras providências. Brasília: Câmara dos deputados

CAMPOS, Adriana; OLIVEIRA, Daniela Rezende de; A relação entre o princípio da autonomia e o princípio da beneficência (e não-maleficência) na bioética médica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte; n. 115; pp. 13-45; jul./dez. 2017

CARDOSO, Diego Brito. Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert Alexy. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 1, p. 137 – 155, 5 out. 2016.

CUNHA, Anna Lúcia Santos da. **Pessoa e direito, corpo e ciência: negociando significados e preceitos cosmológicos em torno da legalização do aborto**. 2007. 179 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GOMES, Edlaine de Campos; MENEZES, Rachel Aisengart. Aborto e eutanásia: dilemas contemporâneos sobre os limites da vida. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 77-103, 2008

MACHADO, Lia Zanotta. Abortion as a right and abortion as a crime: the neoconservative setback. **Cadernos Pagu**, n. 50; 17 out. 2017.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Tradução de Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SANTOS, Vanessa Cruz *et al.* Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista bioética**. (Impr.). v.21, n.3; 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Supremo Tribunal Federal e o direito à vida – Comentários à decisão na Adpf nº 54 sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia fetal. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, pgs 184-201. Núm. 1-2 de julho de 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. **Revista Brasileira de Direito Animal**. pgs. 69-94. Núm. 3, Junho 2007.

SEMIÃO, Sergio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015

VALESCO, Clara. Em 10 anos, Brasil ganha mais de 1 milhão de famílias formadas por mães solteiras. **G1**. 14 de maio de 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/em-10-anos-brasil-ganha-mais-de-1-milhao-de-familias-formadas-por-maes-solteiras.ghtml>

## CONTRATOS DE TROCA OU PERMUTA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL

### LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIK:

Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional.

### RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS<sup>196</sup>

(Coautor)

**RESUMO:** No presente artigo, explanam-se as principais características balizadoras do instituto jurídico-civil da troca, ou também conhecida como permuta. Sendo assim, foi realizado um estudo amplo acerca da aludida temática, objetivando a demonstração de sua relevância e sensibilidade e a especificação do conceito do que vem a ser esse tipo de contrato, suas características principais e a relação jurídica desse tipo de contrato, incluindo as limitações legais acerca da troca. Como metodologia para a extração de informações e desenvolvimento deste trabalho, adotou-se a pesquisa analítica e exploratória tanto de Doutrinas conceituadas como também do próprio ordenamento jurídico-constitucional da República Federativa do Brasil.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Contrato de troca ou permuta. Conceituação. Características. Importância.

**ABSTRACT:** In this article, the main characteristics of the legal-civil institute of exchange are explained. Therefore, a broad study was carried out on the mentioned theme, aiming at demonstrating its relevance and sensitivity and specifying the concept of what this type of contract is, its main characteristics and the legal relationship of this type of contract, including the legal limitations on the exchange. As a methodology for extracting information and developing this work, an analytical and exploratory research was adopted, both on renowned Doctrines as well as on the constitutional norms of the Federative Republic of Brazil.

---

<sup>196</sup> Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

**Keywords:** Civil norms. Exchange or barter contract. Conceptualization. Features. Importance.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito. 3. Características do contrato de troca ou permuta. 4. Objeto do contrato de troca ou permuta. 5. Natureza jurídica do contrato de troca ou permuta. 6. Considerações finais. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Os contratos de troca ou permuta são dotados de muita relevância no campo jurídico pelo fato de serem considerados os primeiros tipos de contratos existentes. Conhecidos também como troca, permuta, escambo ou barganha, esse tipo de contrato foi o primeiro a ser usado pelas sociedades nos seus primórdios, tendo em vista que as sociedades primitivas não conheciam a compra e venda, sendo a permuta a mais usual forma de pagamento por serviços e outros produtos nas tratativas comerciais.

Nesse contexto histórico, as tribos, por exemplo, obtinham o que queriam oferecendo o que o outro desejava, perdendo sua larga utilização quando o desenvolvimento da sociedade trouxe a moeda, o que ocasionou o surgimento da compra e venda, que, de acordo com Gonçalves (2017), trata-se também de um contrato de troca, só que, neste caso, uma troca de um bem por dinheiro.

Segundo Venosa (2015), o contrato de troca passou a ser chamado assim após o Código de 1916, sendo ainda até os dias atuais ainda chamado de permuta. Mesmo com a larga utilização nas sociedades primitivas, o Direito Romano não havia reconhecido os contratos de troca como forma de contrato, principalmente pelo fato de que esse contrato não exigia uma ação específica do permutante para o cumprimento do acordo entre as partes.

Por fim, oportuno explicitar que o presente artigo científico objetiva o entendimento dos atributos e especificidades do contrato de troca ou permuta, estando as suas regras principais consubstanciadas na **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, ou seja, o Código Civil Brasileiro (CC)**.

## 2. CONCEITO

De acordo Rangel (2016), o contrato de troca é o negócio jurídico em que as partes se obrigam, de forma recíproca, a entregar as coisas, sendo estas objetos e serviços, não podendo ser dinheiro.

Importante trazer à baila os ensinamentos de Miranda (1984). Para ele, traz o conceito de que o contrato de troca ou permuta é aquele em que ocorre na verdade uma

compra e venda, visto que as partes permutantes são de um lado comprador e do outro vendedor. Nesse tipo de contrato não há a presença nem de dinheiro nem de preço, pois consideram-se as coisas trocadas ou permutadas de mesmo valor, ou seja, tem valor recíproco.

O supracitado autor ainda ressalta a similaridade do contrato de permuta com o de compra e venda, uma vez que o de compra e venda é como uma evolução do de troca, como já abordado por outros autores, um tipo de troca em que um dos lados entra com dinheiro. Portanto, o contrato de troca ou permuta, é aquele que dispensa o dinheiro por uma das partes, ou seja, mercadoria com mercadoria.

### 3. CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE TROCA OU PERMUTA

Dentre as características do contrato de troca ou permuta, Miranda (1984) traz como as principais a bilateralidade, a onerosidade, a comutatividade, a não-solenidade, a consensualidade, além da instantaneidade. A primeira característica, ou seja, a bilateralidade, existe pelo fato de que o contrato de compra e venda ocorre com obrigações para ambas as partes envolvidas, ou seja, direitos e obrigações recíprocos, não somente para um dos lados.

Não se pode olvidar que, consoante Nader (2016), os contratos bilaterais têm como princípio o fato de possuírem dois polos no citado negócio jurídico, um polo passivo e outro polo ativo, ou seja, o titular do dever e o titular do direito respectivamente.

Além disso, o contrato de permuta corresponde a um contrato oneroso, visto que, mesmo não envolvendo valores de forma explícita, ocorre uma disposição do patrimônio próprio, o que, de certa forma, pode ser encarado como um sacrifício patrimonial. A jurisprudência a seguir é um bom exemplo do entendimento sobre a onerosidade dos contratos de permuta para analisar os litígios existentes na justiça brasileira, *in verbis*:

**Ementa:** Obrigações. Contratos. Promessa de Permuta. Nulidade. Inaplicabilidade do Preceito do Art.134, II, Código Civil. Inadimplemento Contratual. Cláusula Penal Incidente. O contrato de troca opera, ao mesmo tempo, duas vendas, servindo as coisas permutadas de preço e compensação recíproca. [omissis]. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quinta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 598075430/ Relator Desembargador Clarindo Favretto/ Julgado em 23.12.1998).

Para Nader (2016), a definição dos contratos onerosos é a de contratos nos quais ambas as partes têm em vista vantagens em relação àquele negócio jurídico. Dessa forma, ambas as partes possuem bônus por estarem celebrando o contrato, que fortalece a

posição jurisprudencial citada, tendo em vista que ambos estão a abrir mão do patrimônio, em vista de outro patrimônio que para as partes é mais vantajoso.

Miranda (1984) ainda define os contratos de permuta como do tipo comutativo, o que quer dizer que ambas as partes têm conhecimento prévio sobre a extensão das suas obrigações. Dessa forma, as obrigações devem ter uma forma de equivalência jurídica.

Nader (2016) traz a comutatividade como antônimo de aleatoriedade, ou seja, quando os contratos são comutativos, quer dizer que estes são sinalagmáticos, implicando que o contrato foi discutido e acordado antes de ser firmado definitivamente, dando certeza das obrigações.

Os contratos de troca são caracterizados ainda como não- solenes, ou seja, são contratos que basicamente possuem liberdade de forma. A única exceção que deve- se observar é quando os objetos de troca são bens imóveis, ou seja devendo nesses casos observar o preconizado no art. 108 do CC, como se segue, textualmente:

**Art. 108.** Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Como apresentado no art. 108 do CC, que salienta a necessidade de, em algumas situações jurídicas, seguir uma certa formalidade, refere-se à exceção à liberdade da forma característica do contrato de troca. Nesse contexto, para Nader (2016), os contratos formais ou também chamados de solenes, são aqueles que não possuem a forma livre. A solenidade nos contratos, segundo o mesmo autor, visa garantir a segurança jurídica, o que não é ameaçada pela não solenidade nos contratos de troca ou permuta.

Outrossim, o contrato de troca ou permuta também é considerado um contrato consensual, visto que acontece de fato quando tem- se a vontade das partes, ou seja, após a declaração de vontade. Nader (2016) sublinha que os contratos consensuais são aqueles em que o contrato é feito baseado, simplesmente, na manifestação de vontade das partes, o que acaba vinculando estas e obrigando-as cumprir as obrigações impostas, dispensando assim as formalidades excessivas para a real utilização do contrato.

O contrato de troca ou permuta, consistente no objeto de estudo dessa pesquisa científica, em relação à sua situação temporal, tem a característica da instantaneidade, o que significa que esse tipo de contrato tem os seus efeitos com parcela única, no ato da troca.



Nessa esteira, Miranda (1984) aponta que esse tipo de contrato pode ter sua execução tanto na forma imediata (no ato com a obrigação de ambas as partes no ato consensual) ou também em alguns casos com execução diferida (que um dos obrigantes cede sua parte na hora do ato consensual e o outro fica acordado de transferir posteriormente).

Cabe lembrar que, comumente, a execução instantânea prevalece nesse tipo de contrato por motivo de segurança jurídica das partes, como forma de se resguardarem, porém, a execução diferida também é possível, como abordado anteriormente.

Além das características principais citadas, pertinente exteriorizar outras características não menos importantes dos contratos de troca ou permuta, como, por exemplo, serem considerados contratos típicos e nominados, o que significa ter o seu foco voltado para o objeto da transação contratual, e não nas pessoas envolvidas. Essa característica é apontada por Miranda (1984) como impessoalidade, ou seja, cujo fito é voltado para a atividade da troca e não nas meramente nas pessoas envolvidas.

Para Gonçalves (2017), as características jurídicas dos contratos de troca ou permuta podem ser resumidas em: bilateral; oneroso; de caráter apenas obrigacional; consensual; solene; e comutativo. Todas as características apresentadas pelo aludido autor foram apresentadas anteriormente, tendo sido a retomada das informações uma forma de comparar os posicionamentos doutrinários acerca do tema. É importante observar que dentre as características mencionadas, há a solenidade, o que, de acordo com o próprio autor, tem a finalidade de demonstrar a exceção no caso de bens imóveis, sendo a regra a citada anteriormente, ou seja, da não-solenidade.

#### **4. OBJETO DO CONTRATO DE TROCA OU PERMUTA**

Miranda (1984) aborda uma breve concepção do que vem a ser o objeto do contrato em apreço, sendo este definido como o similar ao de um contrato de compra e venda, com exceção do dinheiro, símbolo caracterizador do contrato de compra e venda. Percebe-se, novamente, a similaridade entre os contratos de troca ou permuta e os contratos de compra e venda, tendo o dinheiro papel preponderante na diferenciação entre os dois.

Duas categorias podem entrar como objeto dos contratos de troca ou permuta em adição ao extenso grupo citado, sendo elas os frutos de propriedade intelectual e os de propriedade industrial. Para se reforçar essa ideia, Miranda (1984) traz como base o art. 221 do CC, *in verbis*: “Art. 221 - Tudo o que pode ser vendido pode ser trocado.”. Dessa forma, incluem-se, nos objetos desse tipo de contrato, os bens fungíveis que, ao mesmo tempo podem ser trocados por bens infungíveis ou até mesmo por bens incorpóreos, deixam livres as partes para a escolha dos objetos, desde que haja reciprocidade destas, cada qual com a sua parcela para troca.

Resumidamente, o contrato de troca ou permuta pode envolver diversos objetos, pois a regra, apresentada por Monteiro, Maluf e Silva (2012), é de que, quando se trata desse tipo de contrato, qualquer objeto pode ser objeto de troca. Dessa forma, é possível a troca de móvel por móvel, móvel por imóvel, imóvel por imóvel, coisa por direito, coisa por coisa e direito por direito.

Um ponto interessante que os referidos autores abordam é o de quando ocorre uma troca envolvendo dinheiro, porém em quantia correspondente a menos de 50% do bem da troca. Nesse caso, considera-se ainda um contrato de troca ou permuta, tornando-se de compra e venda somente se esse valor em dinheiro for superior a 50% do valor do bem da troca.

A título exemplificativo, pode-se apresentar o seguinte caso: Uma pessoa tem a intenção de fazer um contrato de permuta entre o seu automóvel e o automóvel de um amigo. Acontece que o automóvel do seu amigo vale o equivalente a R\$ 100.000,00 e o seu automóvel está avaliado em R\$ 40.000,00. Nesse caso, ocorreu a intenção de se efetuar uma permuta, mas o que realmente aconteceu à luz do Direito Civil é um contrato de compra e venda, tendo em vista que o valor da diferença entre os bens ultrapassa os 50% do bem mais caro, ou seja, a diferença será de R\$ 60.000,00 nesse contrato, a ser pago em dinheiro, por isso o contrato utilizado é o de compra e venda e não o de troca.

## 5. NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE TROCA OU PERMUTA

Para Gonçalves (2017), a similaridade existente entre os contratos de compra e venda e os de troca ou permuta faz com que todas as disposições aplicadas a um possam ser aplicadas ao outro. Dessa forma, os mesmos defeitos possíveis nos contratos de compra e venda como os perigos, a evicção e os vícios redibitórios são aplicados aos contratos de troca ou permuta.

Gonçalves ainda discorre acerca de duas ressalvas em relação a essa similaridade, o que não a tornam absoluta. Observe, portanto, o teor dessas ressalvas. A primeira é que, no contrato de troca ou permuta, quando não especificado entre as partes, em regra, têm as despesas referentes ao instrumento da troca divididas em partes **iguais** entre as partes, ou seja, todos arcam com os custos da transação por regra. Já a segunda ressalva é que, quando a troca for com valores **desiguais** e for entre descendentes e ascendentes, é passível de anulação caso não tenha tido consentimento expresso por parte do cônjuge ou dos outros dependentes, evitando-se assim que os outros descendentes recaiam no prejuízo.

Tais delineamentos são relevantes do ponto de vista jurídico, visto que tende a preservar o patrimônio dos outros descendentes, evitando que um dos descendentes haja

por conta própria e faça os outros arcarem com um possível prejuízo. Além disso, Gonçalves (2017) aponta duas outras situações, sendo o caso em que os valores são iguais, ou seja, não se presume prejuízo a nenhuma das partes, não sendo necessária a autorização por parte dos outros dependentes e, quando incorrem vantagens do negócio da troca, ou seja, quando a troca é vantajosa, também não sendo necessária a autorização dos outros dependentes, pois há um lucro presumido na permuta.

Além disso, oportuno expor que Gonçalves (2017) traz a possibilidade da aplicação do princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, ocorrendo quando uma das partes não cumpre com a sua obrigação de entregar a coisa em troca. A evicção quando ocorre nesse tipo de contrato traz a possibilidade de restituição da coisa, além das custas realizadas para a celebração do contrato. Já quanto aos vícios redibitórios, a opção que existe nos contratos de permuta é a volta ao estado anterior, caso uma das partes se sinta lesada por algum vício oculto.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou mostrar as principais características do contrato de troca ou permuta. Nesse sentido, verificou-se que, desde o surgimento das relações jurídicas contratuais, o contrato de troca ou permuta, ou no caso de escambo, apresentava relevância civil entre os contratos formulados pela indivíduos em suas interações sociais.

Outrossim, foi realizado um breve histórico externalizando os principais pontos acerca da temática em apreço. Posteriormente, foram elencados os pormenores característicos do contrato de troca ou permuta, tais como os seus possíveis objetos e a sua natureza jurídica.

Importante retomar a clara semelhança entre os contratos de troca ou permuta e os contratos de compra e venda, seja nas suas características jurídicas, seja na sua forma com diferenças quase que imperceptíveis.

Por fim, consigne-se que o contrato de troca ou permuta é um tema na seara civil sensível, complexo e relevante para toda a sociedade, tendo em vista a sua utilização intensiva nas relações jurídicas atuais.

## 7. Referências

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 02 maio 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil**. 39 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

RANGEL, Tauã Lima Verdán. **Contrato de Permuta**: abordagem conceitual do tema. Revista Âmbito Jurídico. ISSN 1518-0360. Publicação em 01/04/2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/contrato-de-permuta-abordagem-conceitual-do-tema/> Acesso em: 02 maio 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2015.

## **A NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO COM O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

**NEY COSTA ALCANTARA DE OLIVEIRA FILHO:**  
Advogado, pós graduado em Penal e Processo Penal pelo Ênfase.

**Resumo:** Trabalho desenvolvido com o intuito de analisar a competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como os impactos no ordenamento jurídico brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho. Constituição Federal. Emenda Constitucional.

**Abstract:** Work developed with the aim of analyzing the competence of the Labor Court with the advent of Constitutional Amendment nº 45/2004, as well as the impacts on the Brazilian legal system.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. *Ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* 3. *Ações que envolvam exercício do direito de greve.* 4. *Ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.* 5. *Mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição.* 6. *Conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o.* 7. *Ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.* 8. *Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.* 9. *Execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir.* 10. *Outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.* 11. Conclusão.

### **Introdução.**

Com o intuito de desafogar a Justiça Comum e conceder celeridade aos processos que detinham características trabalhistas, fez-se necessário uma relevante ampliação da competência da Justiça do Trabalho, dando ênfase às características sociais presentes na Constituição Federal, na busca de se obter o mínimo necessário para um trabalho digno, valorizando e beneficiando o trabalhador humano, sempre levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal modificação adveio com a Emenda Constitucional 45 de 2004.

A supracitada Emenda Constitucional ampliou consideravelmente o rol do artigo 114 da Carta Magna referente à competência material da Justiça Laboral. Desta forma, não

mais se limitando a dirimir conflitos oriundos das relações entre trabalhadores e empregadores, passando a compreender todas as relações atinentes do trabalho, mesmo não munidas de vínculo empregatício.

A relação de trabalho difere conceitualmente da relação de emprego no que tange a sua abrangência, vez que se trata de um vínculo jurídico pelo qual uma pessoa física compromete-se a executar um serviço para outrem visando uma contraprestação. Conceito este demasiadamente amplo, abarcando, relações entre empregado e empregador, bem como relações de trabalhadores autônomos, avulsos, eventuais, voluntários, estágio e as de trabalho institucional. Enquanto a relação de emprego limita-se a relação de empregado e empregador, sendo esta, espécie da qual relação de trabalho é gênero.

### **Desenvolvimento.**

De acordo com a nova redação dada ao artigo 114 da Constituição Federal, à Justiça Trabalhista compete processar e julgar:

- I- As ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*

Uma das mais importantes inovações advindas da Emenda 45 foi a competência para julgar as ações oriundas da relação do trabalho e não mais das relações entre empregadores e trabalhadores, como assim o era na antiga redação. Relevante indagação surgiu a respeito da competência na relação contratual de consumo, até então regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. Entende-se acertadamente, que se a discussão girar em torno da relação de consumo aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, entretanto se o litígio versar sobre a relação de trabalho de um prestador de serviços e o consumidor, a competência caberá a Justiça Trabalhista. Já em relação às ações que envolvem acidentes de trabalho, mesmo ocorrendo no ambiente de trabalho, não serão julgadas perante a Justiça Laboral, mas sim pela Justiça Ordinária.

Quanto aos entes de direito público externo, é importante salientar a questão da ausência de imunidade de jurisdição, uma vez que a justiça do trabalho é competente para processar e julgar as causas que envolvam entes estrangeiros, porém não o é para executar suas sentenças, devendo valer-se de cartas rogatórias.

No que tange aos servidores da administração pública, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de considerar incompetente para processar e julgar os servidores públicos estabelecidos pelo regime estatutário, considerando competente a Justiça Federal ou Estadual, a depender do órgão a que esteja vinculado.



*II- as ações que envolvam exercício do direito de greve;*

Anterior ao advento da EC 45/2004, não se tinha como pacífico no meio jurídico a questão da competência para processar e julgar às ações que envolvessem o exercício do direito de greve, que variava segundo a natureza da ação.

O atual dispositivo trouxe maior amplitude à competência da Justiça Laboral, vez que todos os litígios que derivam do exercício do direito de greve, mesmo envolvendo terceiros, serão de sua alçada.

Passa-se a entender a partir deste momento, que compete à Justiça Especializada, entre outras, o julgamento das ações possessórias entre o empregador e o empregado ou o sindicato em consequência do exercício do direito de greve, pois anteriormente tinha-se a dúvida se era julgada pela Justiça Comum, sob a justificativa de que o fato envolvia matéria alheia à competência Trabalhista, qual seja, o direito real (possessório), ou se à Justiça Trabalhista, com a explicação de que apesar de envolver indiretamente direito real, a lide trata diretamente do exercício do direito de greve, assim abarcando a competência da Justiça do Trabalho.

Cabe salientar que a prática abusiva do direito de greve poderá gerar o ingresso de ações coletivas, assim como a prática irregular de tal direito, cabe ações individuais, como por exemplo, a ação de reparação pelos danos causados pelo sindicato profissional, perpetrada pela empresa ou qualquer interessado, em decorrência de uma greve abusiva.

*III- as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;*

Passa também a Justiça do Trabalho a ter competência para as ações sobre a representação sindical e para os litígios que estão envolvidos questões de direito sindical, em que sejam partes sindicatos, trabalhadores e empregadores.

Anteriormente, cabia a Justiça Comum processar e julgar tais ações, porém sabe-se que os direitos sindicais são um tanto complexos, não obtendo os resultados esperados quanto das proposituras das ações perpetradas junto a Justiça Comum. Porém, não é o que se observa com a nova competência para a Justiça do Trabalho, posto que o tema é de inteira vinculação ao Direito Laboral, que consequentemente vem prestando sua jurisdição com um maior conhecimento.

Com a inclusão pela EC 45, acertadamente passaram as lides intersindicais, que envolvem disputas de base territorial, a serem impetradas não mais pela Justiça Estadual, mas sim, perante a seara trabalhista.

Por último, vale ressaltar que a 2ª Turma do TST entendeu que a Justiça do Trabalho tem competência para conciliar e julgar o dissídio que envolva um sindicato de categoria econômica e uma empresa dela integrante, ao qual tem como objeto a cobrança de contribuição assistencial objeto de acordo em convenção coletiva.

*IV- os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;*

Uma das maiores inovações encontra-se na possibilidade de ingressar com um mandado de segurança junto às Varas do Trabalho, com apenas a ressalva de que só é cabível se for matéria sujeita a sua jurisdição.

Antes do advento da EC 45, cabia a Justiça Trabalhista, apenas processar e julgar mandado de segurança que fosse impetrado em desfavor de ato praticado por seus próprios agentes, no exercício da função jurisdicional ou administrativa. Atualmente sua competência foi elástica, uma vez que pode ser utilizado quando envolver matéria sujeita a sua jurisdição, não se limitando mais aquelas situações.

Quanto ao habeas corpus, o tema era controverso, pois o STF entendia que cabia ao TRF o processo e julgamento de habeas corpus em detrimento de ato praticado por juiz do trabalho.

Com este novo cenário, o habeas corpus pode ser movido contra atos e decisões dos respectivos juízes, contra atos dos auditores fiscais do trabalho, dos empregadores ou de terceiros perante a Justiça do Trabalho, com tanto que ameace ou limite a liberdade de locomoção, decorra de abuso de poder ou ilegalidade, assim como se deve observar se foi praticado em face da relação de trabalho ou se teve relação com a matéria trabalhista, caso contrário, não será competente.

No que tange ao habeas data, a seara trabalhista o tem com a finalidade de possibilitar ao empregado o acesso a dados pessoais constantes em bancos de dados em poder do empregador ou do Estado.

*V- os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;*

O conflito de competência ocorre quando dois ou mais magistrados se dizem competentes para julgar o mesmo litígio, quando se declaram incompetentes ou quando, entre dois ou mais juízes surgir controvérsia sobre a reunião ou separação de processos. A EC 45 atribuiu à Justiça Laboral autoridade para julgar conflitos de competência entre seus órgãos, podendo ser suscitada pelos próprios juízes e tribunais do trabalho, pelo

Ministério Público do Trabalho ou pela parte, não podendo esta suscitar se já tiver oposto exceção de incompetência. A exceção a essa regra ocorre nos conflitos de competência entre Superior Tribunal de Justiça e qualquer tribunal, entre tribunais superiores ou entre estes e qualquer outro tribunal, assim estabelecido no art. 102, I, o da Constituição Federal.

*VI- ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;*

Ilícitos civis decorrentes da relação de trabalho, e não apenas da relação de emprego, vale ressaltar, são apreciados pela Justiça Trabalhista. Não importando se causadas pelo empregador ao trabalhador, ou por estes àqueles, as indenizações por danos morais ou patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho serão sempre de competência da Justiça Laboral. Assim entendeu o STF ao editar a Súmula Vinculante 22 que diz ser de competência da Justiça Trabalhista as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive as que ainda não possuam sentença em primeiro grau no momento da promulgação de EC 45.

*VII- as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;*

Por conter em um dos pólos da relação processual uma entidade integrante da União Federal, processavam-se na Justiça Federal as causas relativas às multas e penalidades administrativas impostas pelos órgãos fiscalizadores aos empregadores. Porém, com grande mérito, a EC 45 modificou a competência para solucionar tais lides, atribuindo-a à Justiça Trabalhista. O fez, destarte, com propriedade, pois tais sanções já estavam previstas na Consolidação das Leis Trabalhistas além de resultarem do descumprimento de normas que regram as relações de trabalho. Dentre as penalidades, estão, por exemplo, o uso fraudulento de cartões de ponto e a não assinatura da carteira de trabalho do empregado. Tal competência abrange tanto as ações impetradas pela Fazenda Pública Federal de execução de título extrajudicial, como as intentadas pelo empregador, com a finalidade de recorrer da sanção administrativa.

*VIII- a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;*

Esse dispositivo já havia sido estabelecido com o surgimento da EC 20/1998, ou seja, não se trata de uma inovação decorrente da EC 45/2004. Entretanto, é importante destacar o art. 876 da CLT que estabelece as execuções de ofício nas decisões condenatórias ou homologatórias de acordo, determinadas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, referentes às contribuições sociais, incluindo os salários que foram pagos durante o período do contrato de trabalho. Porém, o STF decidiu em sentido contrário, estabelecendo que a

competência da Justiça Laboral está restrita a execução das contribuições previdências relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir.

IX- *outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.*

Analisando as alterações do art. 114 da Constituição Federal de 1988 decorrentes do advento da EC 45/2004, percebe-se que esse inciso vem reforçar de maneira desnecessária o que já foi estabelecido no inciso I deste artigo, que trata da competência material da Justiça Laboral nas demandas relacionadas às relações de trabalho, onde as considerações mais importantes já foram destacadas e discutidas. Sendo relevante destacar com relação às demandas que envolvam o pequeno empreiteiro ou artífice, que em razão do disposto no inciso I do art. 114 da Constituição Federal passou a ser processado e julgado perante a Justiça Trabalhista, o mesmo sendo conferido aos conflitos entre trabalhadores portuários e os órgãos e gestores de mão de obra.

### **Conclusão.**

De fato, apesar da referida emenda não trazer inovações quanto à execução das contribuições sociais e seus acréscimos legais decorrentes das sentenças que o juiz ou tribunal do trabalho a proferir, a EC45/2004 modificou profundamente a competência do trabalho, dando, mais liberdade e autonomia para dirimir os conflitos de interesse trabalhista, como exemplo a atribuição a justiça trabalhista para julgar conflitos de competência entre seus órgãos.

A Emenda Constitucional de nº45 inovou quando estabeleceu, ainda, a migração da tutela jurisdicional sobre determinada matéria, antes apreciada em outras searas, para o direito trabalhista, como exemplo a competência sobre relações contratuais consumeristas, no qual o litígio verse sobre a relação de trabalho de um prestador de serviços e consumidor, bem como ações possessórias em consequência ao exercício do direito de greve, inclusive as ações sobre representação sindical, onde antes cabia a Justiça Comum processar e julgar tais ações.

Portanto, conforme a modificação da competência no rol do art. 114 da constituição federal pelo advento da EC45/2004 trouxe celeridade aos processos trabalhistas em face do critério da especialidade nas ações de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, inclusive nas ações sobre representação entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.

### **Referências Bibliográficas.**

ALMEIDA JÚNIOR, João M. *O processo criminal brasileiro* Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *O paradigma emergente em seu labirinto*: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. Porto Alegre, 2004. (mimeo)

BATITUCCI, Eduardo C.; CRUZ, M.V. G.; SILVA, Breno I. Fluxo do Crime de Homicídio no Sistema de Justiça Criminal de Minas Gerais. In: 30ª Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais - Anpocs, 2006, Caxambu. *Anais do 30ª Anpocs* São Paulo: Anpocs, 2006.

## **SECURITIZAÇÃO DE ATIVOS PÚBLICOS: ESTRUTURA, NATUREZA JURÍDICA E IMPACTO INTERGERACIONAL**

**VINÍCIUS BIANCHI CARVALHO:**  
Advogado. Especialista em Direitos  
Difusos e Coletivos

LUÍS FERNANDO MASSONETTO

(orientador)

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo apresentar um breve panorama sobre a estrutura, natureza jurídica e impacto intergeracional das operações de securitização de ativos pelo setor público. Para tanto, a tese apresenta uma análise sobre a estrutura geral das operações de securitização, passando pelo desenvolvimento histórico do instituto, suas vantagens e riscos, de forma a construir os subsídios necessários à análise das operações praticadas pelo Estado no intuito de antecipar recursos de sua dívida ativa. Nesse sentido, também será discutida a natureza jurídica dos ajustes celebrados, a partir da discussão travada pela doutrina e pela jurisprudência acerca da caracterização do negócio como mera alienação de ativos ou como operação de crédito. Em acréscimo, além de se discutir eventuais impactos de cunho intergeracional, será colocado em debate o Projeto de Lei Complementar nº 459, de 2017, cujo escopo seria o de fornecer maior segurança jurídica à operação.

Palavras-chave: securitização; dívida ativa; operação de crédito; endividamento

**ABSTRACT:** This paper aims to provide a brief overview about the structure, legal nature, and intergenerational impact of securitizing public sector tax credits. With this objective, the thesis provide an analysis on the general structure of securitization, from their history development, advantages and risks, in order to build a discussion about the operations practiced by the state as a way of anticipating resources from your delinquent debt. In this sense, it will be discussed as well the legal nature of the operation, from the discussion in the doctrine and jurisprudence, which divides opinion between a credit operation or a disposal of assets. Plus, there will be a discussion about the intergenerational impact, as well about the Bill nº 459, of 2017, which aims more legal certainty on the securitization.

Keywords: securitization; delinquent debt; credit operation; indebtedness

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A Securitização de ativos. 1.1 Desenvolvimento histórico do instituto. 1.2 Estrutura jurídica geral da securitização no Brasil. 1.2.1 Dos sujeitos envolvidos na operação. 1.2.2 Dos negócios jurídicos celebrados e da estrutura geral da operação. 1.3 Vantagens e riscos da securitização. 2. A securitização de ativos pelo setor público. 2.1 Da



natureza jurídica da securitização de ativos pelo setor público. 2.2 O Projeto de Lei Complementar nº 459, de 2017. Conclusões. Bibliografia.

## Introdução

A cessão de créditos de dívida ativa para empresas estatais é um mecanismo que vem ganhando popularidade entre os entes federados, sobretudo em uma conjuntura de diminuição de receitas públicas. Tais operações já são realidade em vários estados e municípios brasileiros, como o Estado de São Paulo, que por intermédio da Companhia Paulista de Securitização, emite debêntures no mercado financeiro, cujo sustentáculo são os direitos creditórios originados de débitos tributários, inscritos em dívida ativa.

Frente a essa realidade, muitos órgãos de controle e setores da sociedade civil vêm questionando a legalidade e constitucionalidade dessas operações, seja no âmbito do Judiciário, por meio de Ações Populares e Ações Cíveis Públicas, seja no escopo do controle externo, realizado pelos Tribunais de Contas, ou até mesmo através de Comissões Parlamentares de Inquérito, no seio das respectivas Casas Legislativas.

A título ilustrativo, o Acórdão nº 772/16197 publicado pelo Tribunal de Contas da União apontou para um norte acerca da natureza jurídica das operações realizadas no âmbito do Município de Belo Horizonte, Nova Iguaçu e Distrito Federal. A Corte, naquela oportunidade, determinou a oitiva da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, para que se manifestasse acerca da representação formulada pelo Ministério Público junto ao Tribunal, na qual defendia-se a ideia de que as operações foram realizadas em desacordo ao exigido pelo artigo 32 da Lei Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), tendo em vista que a antecipação do recebimento dos recursos da dívida ativa por meio de FIDCs caracterizaria operação de crédito, na forma do inciso III da LRF.

A questão submetida à análise desse plexo de órgãos nos remete a uma situação delicada, que abre caminho para dois panoramas: (i) o enquadramento dessa cessão como operação de crédito, nos termos do artigo 29, inciso III da Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>198</sup>, com o conseqüente desrespeito a uma série de dispositivos legais e

---

197 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 772.16 – Plenário**. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1658520090.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. (BRASIL, 2016)

198 “Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:

(...)

III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes

constitucionais no que tange à forma de assunção de tal compromisso financeiro, e (ii) o comprometimento intergeracional de receitas públicas, na medida em que haveria transformação de receita futura (dívida ativa) em receita presente desvalorizada (deságio da operação).

Tal método de financiamento da atividade estatal afetaria o equilíbrio das contas públicas vindouras e impingiria ao Estado compromisso financeiro futuro de, ao efetuar a cobrança da dívida cedida, entregar o produto de sua arrecadação ao respectivo cessionário. Além disso, haveria a obrigação de, na qualidade de controlador, suportar eventual descasamento na operação de securitização experimentado pela estatal emitente controlada.

De outro lado, é inegável que a captação prematura de receita via securitização de ativos serve como importante instrumento no manejo da política fiscal do Estado, constituindo-se em estratégia de obtenção de receita, sobretudo em época de retração econômica. No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a estimativa da Procuradoria do Estado é a arrecadação de R\$ 702 milhões a partir da operacionalização das emissões, antecipando recursos dos programas de refinanciamento.<sup>199</sup>

Daí se extrai a argumentação da Fazenda Pública dos diversos entes federativos, no sentido de que a operação não implica na assunção de compromisso financeiro característico de operação de crédito, uma vez que o Estado não ficaria responsável pelo adimplemento do Fluxo Financeiro cedido, nem pela amortização de debêntures. No mais, como as emitentes de debêntures seriam estatais não dependentes, a suposta operação de crédito não se submeteria ao preconizado pela LRF, tampouco necessitaria de prévia autorização do Ministério da Fazenda, conforme o Parecer PGFN nº 1579.2014. No caso das operações da CPSEC, ainda, na hipótese de insuficiência financeira da Companhia para amortizar as debêntures haveria um atraso no pagamento, com posterior amortização nos anos posteriores.

Em suma, a investigação acerca da natureza jurídicas das operações de securitização de ativos da Fazenda ganha enorme relevância, especialmente em uma conjuntura de (des)ajuste fiscal, arrocho do financiamento de direitos fundamentais, sucateamento estatal, bem como à falta de um projeto concreto de superação da condição

---

da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;

(...):”.

199 Disponível em: <http://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/41415?AspxAutoDetectCookieSupport=1>

periférica nacional. Torna-se imprescindível, portanto, a construção de balizas que delimitem e compatibilizem, de um lado, a obtenção de receita a curto prazo para o financiamento de projetos de desenvolvimento, com a dinamização da recuperação de créditos e oxigenação das finanças públicas. De outro, não se pode ignorar a questão intergeracional do crescente endividamento público brasileiro, com suas nefastas consequências a longo prazo para o orçamento público, além do consequente prejuízo ao desenvolvimento econômico e ao financiamento dos direitos fundamentais. É preciso, pois, delimitar com clareza as consequências jurídicas do manejo da securitização de créditos públicos, de modo a se resguardar a segurança das finanças públicas a longo prazo.

Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo investigar a natureza jurídica das operações de cessão de direitos creditórios sobre a dívida ativa dos entes federativos, especialmente no que toca ao suposto enquadramento de tais expedientes como operação de crédito, nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para tanto, partiremos de uma investigação histórica acerca do instituto da security, que serviu de base para a concepção do conceito de valores mobiliários e, posteriormente, para a formação do arranjo jurídico característico da securitização. Analisaremos o desenvolvimento da securitização desde seu nascedouro nos EUA, passando por sua importação para o direito brasileiro – com a primeira experiência realizada pelo grupo Mesbla, em outubro de 1992 –, sem descuidar da polissemia intrínseca ao termo, procurando delimitar sua natureza jurídica e suas diversas modalidades, seja usando como veículo uma sociedade de propósito específico ou um fundo de investimento em direitos creditórios (FIDCs).

Compreendido o funcionamento do instituto a partir de sua experiência histórica sob a ótica do direito privado, passaremos a analisar seu manejo pelo setor público, com as possíveis limitações – impostas, por exemplo, pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Para tanto, empreenderemos análise acerca do conceito de operação de crédito, contido no art. 29, inciso III da LRF, bem como sua interpretação feita pela doutrina. Procuraremos apresentar os principais argumentos que envolvem o assunto, abordando tanto as teses sustentadas pelos governos, quanto pelos órgãos de controle e demais setores da sociedade civil que contestam a legalidade de tais operações.

Por fim, passaremos ao exame do PLP 459/2017, fruto do PLS nº 204, de 2016, que visa a regulamentar tal operação. Apesar do esforço no sentido de conferir maior segurança jurídica às operações de securitização, o projeto acaba por não tratar de alguns pontos igualmente importantes, que podem vir a ser questionados futuramente em sede judicial, inclusive. Ainda, apresentaremos breve reflexão acerca do eventual impacto intergeracional e vantajosidade dessas operações.

## **1.A SECURITIZAÇÃO DE ATIVOS**

## 1.1 Desenvolvimento histórico do instituto

“Quinta-feira negra”. Assim entrou pra história o dia 24 de outubro de 1929, quando a Bolsa de Valores de Nova York experimentou brusca queda na cotação de seus títulos, o que acabou destruindo a confiança na economia, com a conseqüente redução na produção e nos investimentos. A diminuição da renda nacional e do número de empregos acabou por agravar ainda mais o quadro, colocando fim ao mito do mercado autorregulador. A Grande Depressão, que se intensificava nos anos seguintes, não encontrava solução nos instrumentos da economia neoclássica, reclamando nova modelação do papel do Estado na condução da economia (HUNT e LAUTZENHEISER, 2013, p. 349-352).

Diante do trágico cenário, o governo dos EUA lançou o New Deal, programa destinado a reestruturar a economia a partir de uma extensa atuação estatal, nos mais diversos setores. No campo da fiscalização do mercado de capitais, criou-se a Security Exchange Commission, responsável por combater fraudes, garantindo aos investidores acesso a informações importantes acerca da venda dos títulos. Sobreveio o Securities Act, em 1933, e o Securities and Exchange Act, de 1934, marcando a interferência do governo federal na regulação do mercado de títulos mobiliários e consolidando uma definição do termo securities<sup>200</sup> que, por ainda ostentar certo grau de imprecisão, demandou complemento de sentido a partir de interpretação jurisprudencial.

Em 1943, no caso S.E.C vs. C.M. Joiner Leasing Corporation, a Suprema Corte norte-americana apreciou, pela primeira vez, uma das noções vagas presentes no texto legal: o conceito de investment contract. A companhia em litígio tornou-se arrendatária de diversos lotes de terra, com o objetivo de realizar pesquisa e perfuração do solo, visando à exploração do petróleo. Para viabilizar o empreendimento, a empresa realizou cessões de seu respectivo contrato de arrendamento a terceiros, o que levou a Suprema Corte a caracterizar tal operação como contrato de investimento, uma das espécies de securities.

Em outra oportunidade, a Suprema Corte se deparou com o caso S.E.C vs. W.J. Howey Company, momento no qual foi fixado mais um importante paradigma na definição do instituto. À época, a Howey Company tinha vendido pequenos lotes de terra para

---

<sup>200</sup> "The term "security" means any note, stock, treasure stock, bond, debenture, evidence of indebtedness, certificate of interest or participation in any profit-sharing agreement, collateral-trust certificate, preorganization certificate or subscription, transferable share, investment contract, voting-trust certificate, certificate of deposit for a security, fractional undivided interest in oil, gas, or other mineral rights, or, in general, any interest or instrument commonly know as a security, or any certificate of interest or participation in, temporary or interim certificate for, receipt for, guarantee of, or warrant or right to subscribe ot or purchase, any of the foregoing." (LEÃES, 1976, p. 240)

plântio e cultivo de frutas cítricas. Sua subsidiária, a Howey-in-the-Hills Service Company comprometia-se a prestar o serviço, além de comercializar a produção, por meio de um contrato anexo ao primeiro. A Corte acabou por traçar interpretação no mesmo sentido do caso anterior: tratava-se de contrato de investimento, feito por centenas de pessoas que careciam de recursos e conhecimento técnico para direção do negócio. Em aperta síntese, o contrato de investimento, conforme definido pelo Securities Act, seria “todo contrato, transação ou esquema através do qual uma pessoa aplica o seu dinheiro em um empreendimento comum com o objetivo de obter lucro, em virtude exclusivamente dos esforços que venham a ser desenvolvidos pelo lançador ou por uma terceira pessoa” (LEÃES, 1976).

Nesse sentido, há enorme gama de investimentos que envolvem a distribuição de securities como forma de captação de recursos, de modo a fornecer maior dinamicidade no trânsito do capital, partindo o investidor da premissa de que angariará algum benefício futuro. A captação pública de recursos, com tal promessa de retorno futuro ao investidor, não é construída sob a falsa expectativa de segurança no investimento. A bem da verdade, o risco sempre foi elemento intrínseco aos diversos modelos próprios da operação, como bem verificado pela jurisprudência norteamericana<sup>201</sup>.

Outro ponto próprio na delineação do instituto, no curso de seu desenvolvimento histórico, seria a ausência de prerrogativa do investidor na participação das decisões do negócio, que seriam totalmente entregues a terceiros, isto é, aos emissores dos valores mobiliários. Para Leães (1976, p. 257):

*“Esse fator, aliás, é o principal motivador do complexo de leis sobre o mercado de títulos. Se o investidor não pode pedir o retorno de seu dinheiro aplicado, nem tem controle ou ingerência na decisão referente ao seu uso, então a ele deve ser confiada toda e qualquer*

---

201 No caso *State of Hawaii v. Hawaii Market Center Inc.*, a Suprema Corte assim se posicionou: “o aspecto saliente de uma colocação de valores é a solicitação pública de recursos para o empreendimento (...). Essa sujeição dos recursos do investidor aos riscos empresariais, sem que possa exercer o mínimo controle sobre o investimento é a realidade econômica própria de uma *security*. Na hipótese, toda pessoa que celebrasse um contrato de membro fundador, se comprometia com a Hawaii Market Center a realizar uma compra de \$320, a fim de se tornar um distribuidor, em uma compra de \$820, a fim de se tornar um supervisor. Os autos informam que o preço de custo das mercadorias não ultrapassa, respectivamente, \$70 e \$140. Os apelantes tentaram caracterizar essas transações como simples compras de mercadorias, mas os termos em que estão vasados os contratos indicam claramente que os preços pagos pelos membros fundadores foram feitos com o objetivo de adquirir uma séria de vantagens, de sorte que os sobrepreços pagos **constituem investimentos que se sujeitam aos riscos do empreendimento**”.



*informação relativa aos captadores e administradores dos recursos, e o esquema que será obedecido na condução do negócio comum.”*

O autor conclui que são cinco as características principais de uma security: “(1) investimento em dinheiro ou em bens suscetíveis de avaliação monetária, (2) realizado pelo investidor em razão de uma captação pública de recursos, (3) de modo a fornecer capital de risco a um empreendimento, (4) em que ele, o investidor, não tem ingerência direta, (5) mas do qual espera obter algum ganho ou benefício futuro.” (LEÃES, 1976, p. 261)

A noção de securities ora definida, apesar de servir de base teórica da qual decorre o negócio de securitization, posteriormente importado pelo direito brasileiro como “securitização”, com ele não se confunde. A bem da verdade, a doutrina traça diversas críticas ao indevido aportuguesamento do termo, por induzir ideia equivocada acerca de seu significado técnico (CHAVES, 2006, p. 46). Security pode ser traduzido para o português como “valor mobiliário” (CAMINHA, 2005). Securitização, por sua vez, representa a transformação de recebíveis em valores mobiliários (em securities).

A securitização, como negócio jurídico indireto, é composta por três negócios-meio. O primeiro é a criação de um veículo de propósito específico (“VPE”)202, seguido da cessão de créditos da pessoa jurídica originadora ao VPE e, por fim, ocorre a subscrição e integralização dos valores mobiliários emitidos pelo VPE por investidores. (GAGGINI, 2003)

Na linha do que expõe Chaves (p. 46), a securitização em nada se confunde também com o contrato de seguro, tampouco com a atividade securitária, como clareia o artigo 757 do Código Civil203. Na mesma linha de Gaggini, a autora identifica os seguintes traços genéricos na conformação do instituto:

*“(a) a existência de alguém (originadora) que pretende antecipar o recebimento de créditos; (b) a constituição de uma entidade para a qual a originadora cederá os seus créditos, possibilitando que estes sejam segregados do seu ativo; e (c) a emissão pela entidade no*

---

202 Como se verá adiante, conforme a legislação brasileira atual, o veículo de propósito específico geralmente é constituído sob a forma de sociedade de propósito específico, contudo, também é possível a utilização de Fundos de Investimento em Direitos Creditórios para viabilizar a emissão dos valores mobiliários.

203 **Art. 757 do Código Civil de 2002.** Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.



*mercado interno ou externo, de títulos ou valores mobiliários com pagamento vinculado, de alguma forma, aos referidos créditos que lhe foram ou lhe serão cedidos pela originadora.” (CHAVES, 2006)*

O arranjo financeiro mais próximo ao que posteriormente ficou conhecido como securitização no Brasil, parece ter raiz no ramo de financiamentos da casa própria nos EUA, no período pós-1929.

Em 1934, houve a criação da Federal Housing Administration – FHA, entidade cujo principal objetivo era fomentar o acesso habitacional à população, a partir de financiamentos com garantia hipotecária, na medida em que atuava como seguradora no caso de inadimplência, quitando o empréstimo e arrematando o imóvel dado em garantia. O sucesso experimentando no florescimento do mercado imobiliário acabou por estimular a formação de novos arquetipos jurídicos destinados à captação de recursos para o financiamento habitacional, com a constituição de diversas associações nesse setor.

A título ilustrativo, cite-se a Federal National Mortgage Association – FNMA, popularmente conhecida como Fannie Mae, cujo escopo era adquirir os créditos oriundos de empréstimos hipotecários concedidos pelos mutuantes, com garantia do FHA. O incremento de atividades da associação pode ter favorecido sua cisão parcial, originando a Government National Mortgage Association – GNMA, conhecida como Ginnie Mae, com o objetivo de oferecer garantia suplementar aos investidores que adquiriam valores mobiliários vinculados a créditos decorrentes de empréstimos hipotecários.

Em seguida, com a fundação da Federal Home Loan Mortgage – FHLMC (Freddie Mac), destinada a satisfazer as necessidades das camadas sociais mais baixas na aquisição da casa própria, o mercado primário e secundário de empréstimos hipotecários se consolidou, abrindo caminho para a securitização de créditos na década de 1970. (CHAVES, 2006, p. 19-24). Apesar de as operações de financiamento da casa própria antes da década de 70 guardarem certa semelhança com a securitização atual, foi somente nos anos seguintes que tal negócio jurídico delineou seus contornos mais concretos. (CAMINHA, 2013)

Chaves (2006, p. 25) relata que a primeira operação desse tipo foi realizada nos EUA em fevereiro de 1970, momento no qual a Advance Corporation Mortgage procedeu à primeira emissão de valores mobiliários vinculados a créditos hipotecários e garantidos pela Ginnie Mae, que atuava como seguradora da operação. O negócio de fato consolidou os contornos do instituto, uma vez que implicava a transformação de créditos em valores mobiliários, principal característica da operação na atualidade.

Conhecidos como mortgage-backed securities, por estarem vinculados a créditos hipotecários, os valores mobiliários emitidos, inicialmente, revelaram-se insuficientes para resolver o problema de escassez de recursos para concessão de empréstimos habitacionais, tendo em vista, sobretudo, ao alto valor dos créditos utilizados, que superava o valor dos próprios títulos. Ademais, os custos da operação eram elevados, além de muitos estados norte-americanos proibirem esse tipo de investimento.

Em 1985, a securitização passou a ser utilizada para créditos de natureza distinta da hipotecária, com atuação da Sperry Lease Finance Corporation em créditos oriundos de contrato de arrendamento mercantil e seus equipamentos de computador. (CHAVES, 2006, p. 27)

No Brasil, há notícia de utilização de engenharia jurídica análoga ao fim da década de 1980 (CAMINHA, 2013, p. 210), a qual, diferentemente do que se sucedeu nos Estados Unidos, não contou inicialmente com incentivo governamental, isto é, não era protagonizada por órgãos ligados ao governo, cujo fim precípua era o financiamento de projetos de cunho popular. Apesar de o instituto também ter sido utilizado no âmbito dos negócios imobiliários, foi responsável por parcela insignificante dos recursos necessários ao financiamento habitacional (CAMINHA, 2013, p. 242). O principal objetivo em seu manejo, de fato, era a reestruturação do passivo empresarial perante credores, sem que a manobra implicasse em endividamento (CHAVES, 2006, p. 30-36). A operação despontava, assim, como um instrumento alternativo à captação de recursos e ao financiamento da atividade empresarial brasileira.<sup>204</sup>

Em síntese, pode-se delinear o desenvolvimento do instituto no Brasil a partir de cinco grupos de créditos securitizados, tendo em vista que a disciplina normativa não tem como foco a operação em si, mas os ativos que lhe dão lastro.<sup>205</sup> Assim, temos a

---

204 Como observa Luiz Filipi de Cristóvão Avelino: "Na história brasileira do movimento de industrialização não se verificavam mecanismos de financiamento privado de longo prazo. O financiamento bancário era muito escasso. Na grande maioria dos casos os financiamentos eram concedidos pelo BNDES ou os recursos eram provenientes do próprio Estado, por meio do desenvolvimento da atividade econômica por estatais ou empresas de capital misto. Daí surgiu a necessidade de se buscar alternativas para o financiamento de atividades, que não o financiamento bancário ou o financiamento estatal, ou mesmo, pela necessidade de as instituições financeiras se capitalizarem para diminuir a escassez de recursos mencionada acima." (AVELINO, 2014)

205 Louvável seria, entretanto, se houvesse a edição de um diploma de cunho geral, delimitando a estrutura genérica da operação, para, posteriormente, a partir de legislação específica, conferir-lhe tratamento próprio levando-se em conta as particularidades dos créditos securitizados. Sobre a eventual vantajosidade da falta de regulamentação, no que toca à securitização de ativos empresariais, ver nota de rodapé nº 10.

securitização de (i) ativos empresariais no geral, (ii) de exportações, (iii) de base imobiliária, (iv) de créditos financeiros e de (v) ativos do agronegócio (CAMINHA, 2013).

No campo da securitização de ativos empresariais em geral, a primeira operação de que se tem notícia no Brasil, com emissão de valores no mercado interno, remonta a 1992. Após sucessivos erros na previsão de vendas e consequente superdimensionamento de estoques, o Grupo Mesbla, sobretudo diante do congelamento de salários e redução do poder de compra do brasileiro ao longo do governo Collor, viu-se compelido a se socorrer negócio jurídico inovador, com vistas a evitar a falência da empresa. A securitização dos direitos creditórios sobre o faturamento dos bens vendidos pelo grupo, notadamente a partir de cartão de crédito da loja de departamentos, deu-se início em 1/10/1992, com a criação da Mesbla Trust de Recebíveis de Cartão de Crédito S/A (Mesbla Trust).

Basicamente, a operação funcionava da seguinte forma: os clientes do grupo efetuavam pagamento por bens ou serviços via cartão de crédito Mesbla, que era administrado pela Presta Administradora de Cartões de Crédito Ltda. (Presta). Tal administradora cedia, com deságio, os direitos creditórios gerados através de compras com o cartão à Mesbla Trust, que sobre eles emitia debêntures com garantia real (no caso, por meio de penhor dos direitos creditórios). Ainda, a Mesbla Trust nomeava, na escritura de emissão como agente fiduciário dos debenturistas, o Morgan Guaranty Trust Company of New York. Sucedia que, com o dinheiro obtido pela venda das debêntures, a Mesbla pagava os direitos creditórios cedidos à Presta. Apesar do conteúdo inovador, a operação não conseguiu salvar o grupo de requerer sua concordata preventiva, deferida em 22/08/1995.<sup>206</sup>

Cumprido destacar, ademais, a promulgação da Resolução nº 2.026/1993, da CVM, que permitiu que instituições financeiras adquirissem títulos emitidos por VPEs. Contudo, tal normativo foi revogado pelo de nº 2.493/98, que não regulou a matéria, tratando apenas da operação "inversa": a securitização de créditos bancários, aqueles que tem os bancos como originadores, não como adquirentes, abordada com maior profundidade adiante.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Apesar da experiência, de certa forma, "fracassada" do grupo, o pioneirismo favoreceu a popularização do instituto, com sua consequente utilização por outras empresas nos anos que se sucederam, como a Mappin Trust S/A (1995), Bompreço Trust de Recebíveis S/A, Global Trust S/A, Cidadela Trust de Recebíveis S/A, Teletrust de Recebíveis S/A, Dominum Par S/A, Bahia Trust de Recebíveis S/A e Rossi Securities S/A (todas de 1996).

<sup>207</sup> Para Uinie Caminha, "a securitização de ativos empresariais pode ser considerada hoje um negócio jurídico indireto, pois carece de qualquer disciplina legal específica que lhe dê amparo. É uma combinação

Por fim, dentro do escopo das securitizações de ativos empresariais em geral, ganha destaque a Resolução nº 2.907/2001 do CMN. Por meio dela, criou-se nova conformação jurídica para veículos securitizadores. Trata-se dos Fundos de Investimento em Direitos Creditórios (FIDCs), construção que guarda grande semelhança com o modelo francês dos Fonds Communs de Créance.

Os FIDCs assumem o mesmo papel dos VPEs, sendo Regulamentados pela CVM, por meio das INs nº 356/2001 e 393/2003. Não possuem personalidade jurídica, mas consistem em comunhão de recursos providos por investidores qualificados, com mais de 50% do patrimônio líquido aplicado em direitos creditórios. Entendimento predominante advoga em prol da natureza jurídica de condomínio voluntário, de natureza especial. A doutrina os considera, ainda, uma alternativa mais moderna para viabilizar as operações de securitização – em detrimento da utilização de sociedade de propósito específico – tendo em vista, por exemplo, as vantagens de natureza fiscal (CAMINHA, 2013).

Unie Caminha retrata, outrossim, mais uma experiência de securitização, com emissão feita no exterior, cuja base normativa foi desenhada Resolução CMN nº 1.844/1991, com regulamentação pela Circular do Banco Central do Brasil nº 1.979/1991. Apesar de a legislação não adotar expressamente a nomenclatura “securitização” – que, como visto, possui grande carga polissêmica – a estrutura prevista não deixa dúvidas quanto à conformação jurídica da operação. Trata-se da securitização de ativos oriundos da exportação, cujo marco temporal antecede as operações do Grupo Mesbla.

Segundo o autor, as operações consistiam na emissão de títulos no mercado internacional, lastreados em ativo específico, isto é, os créditos oriundos da exportação de bens, relacionados a pagamento futuro ou mesmo expectativas de créditos. Em linhas gerais, uma subsidiária estrangeira de uma sociedade brasileira cedia para um veículo de propósito específico seus recebíveis de exportação contra os importadores. Tal veículo era responsável por emitir os valores mobiliários no mercado internacional, com lastro nos

---

de instrumentos jurídicos – basicamente a cessão de créditos e emissão de títulos – que se transforma num negócio jurídico atípico.

Não há diploma legal que a discipline, pois, como visto, a regulamentação específica é determinada pelo tipo de bem que dá lastro à securitização, e, no caso da securitização empresarial, o ativo subjacente pode ser qualquer um passível de gerar renda. A falta de regulamentação, em vez de prejudicar, pode ser considerada um ponto vantajoso, visto que lhe propicia a necessária flexibilidade para sua estruturação”.

recebíveis já adquiridos, colhendo os recursos futuramente repassados à matriz brasileira.<sup>208</sup>

Voltando ao desenvolvimento da securitização com emissões realizadas no mercado interno, há de se ressaltar o florescimento do instituto, assim como nos EUA, a partir do mercado imobiliário. Como informa Caminha (2003, p. 239), o primeiro diploma legal que efetivamente previu a securitização de base imobiliária foi a Lei nº 8.668, de 25 de junho de 1993, responsável por construir o substrato jurídico necessário à formação de fundos imobiliários. Apesar de não serem expressamente considerados como mecanismos de securitização, apresentam características muito semelhantes, como a segregação de ativos específicos para posterior emissão de títulos neles lastreados, tendo como base negócio fiduciário por meio do qual a administradora do fundo age como se fosse proprietária dos bens (propriedade fiduciária), separando essa parcela das demais integrantes de seu patrimônio.<sup>209</sup>

Posteriormente, em 1997, a fundação da Companhia Brasileira de Securitização (CIBRASEC) pavimentou a reforma do sistema financeiro habitacional, mediante adoção de modelo semelhante ao norte-americano. Com a promulgação da Lei nº 9.514/1997, foi instituído novo modelo de financiamento imobiliário no país, o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), baseado na securitização de ativos imobiliários, inicialmente realizada apenas pela CIBRASEC. Tempos depois, novas sociedades securitizadoras de créditos imobiliários foram constituídas que, sob a forma de sociedades por ações, adquiriam créditos imobiliários, emitindo, em seguida, certificados de recebíveis imobiliários (CRIs)<sup>210</sup>. Aqui, cabe registrar a análise de Uinie Caminha (2013, p. 245) acerca da eficiência

---

208 Nesse caso, o autor caracteriza a operação como empréstimo externo: “Por se tratar de emissão com lastro em receitas futuras, esse mecanismo pode ser caracterizado como empréstimo externo ou financiamento à exportação. Isso porque, pela emissão de títulos no exterior, o exportador antecipa receitas que só efetivaria após exportar sua produção. Porém difere do financiamento direto pelo fato de pulverizar o risco envolvido pela emissão de títulos.” (CAMINHA, 2013)

209 Conforme relata Uinie Caminha, a principal contribuição da Lei nº 8.668/93 foi o estabelecimento da propriedade fiduciária do administrador com relação ao patrimônio do fundo. Assim, ao contrário dos fundos em geral, nos quais os bens são adquiridos em seu próprio nome, nos fundos imobiliários, os bens e direitos de natureza imobiliária são adquiridos pela própria instituição administradora do fundo, de modo a se evitar eventuais questionamentos a respeito da legitimidade do condomínio para a aquisição e alienação de bens imóveis. Além disso, os bens e direitos não se comunicam com o patrimônio da administradora, não respondendo direta ou indiretamente por suas obrigações, tampouco podendo ser objeto de garantia. Confere-se, portanto, maior segurança jurídica às operações, sobretudo aos investidores.

210 Posteriormente, por meio da Lei nº 10.931/04, foram criadas as Letras de Crédito Imobiliário – LCIs, valores mobiliários emitidos por instituições financeiras, cujo lastro também remonta a créditos imobiliários.

da securitização imobiliária como forma de viabilizar empreendimentos voltados à aquisição da casa própria:

*“A securitização no Brasil é, como foi nos Estados Unidos na penúltima década, uma saída eficiente para reduzir o déficit habitacional. Contudo, para que haja uma perspectiva de desenvolvimento do SFI nos moldes a que se propõe, deve haver, concomitantemente à sua implantação, estímulo ao desenvolvimento do mercado secundário dos CRIs, assim como ocorreu nos Estados Unidos. A simples edição da legislação não possui, como se tem visto, o condão de desenvolver o mercado para um tipo de operação.”*

Quanto à securitização de créditos financeiros, destaca-se a Resolução CMN nº 2.493/1998, por meio da qual as autoridades monetárias regulamentaram a securitização sobre carteiras de recebíveis bancários e de demais instituições financeiras, como empréstimos e carteiras de arrendamento mercantil (CAMINHA, 2013). O marco legal proibia a coobrigação da instituição cedente dos créditos ou de qualquer coligada pelo pagamento dos créditos cedidos. De igual modo, não havia permissão para recompra de créditos anteriormente cedidos, tampouco a aquisição, pela cedente, dos títulos emitidos com lastro nos créditos securitizados.<sup>211</sup>

A resolução foi revogada pela de nº 2.686, de 26 de janeiro de 2000, que passou a permitir a coobrigação da cedente pelo pagamento dos créditos. Nesse sentido, Unie Caminha traça importante ressalva acerca da aplicação do instituto em créditos de instituições financeiras:

*“Da mesma forma que o Banco Central do Brasil, a maioria dos bancos centrais e agências reguladoras em todo o mundo vê com preocupação os mecanismos de securitização de créditos de*

---

<sup>211</sup> Para Chaves (2006, p. 40-42), apesar de ampliar, de certa forma, a utilização da securitização de créditos, referida resolução teve como objetivo principal facilitar o procedimento de liquidação extrajudicial de instituições financeiras, na medida em que se livravam de ativos problemáticos, ao transferi-los às companhias securitizadoras, que acabavam por assumir todos os ônus da cobrança dos créditos e, principalmente, os riscos de inadimplência. Com antecipação do recebimento dos valores, as instituições puderam acelerar o pagamento de seu passivo.



*instituições financeiras. Em primeiro lugar, porque a securitização pode ser considerada uma forma de elidir as exigências de adequação de capital impostas aos bancos e demais instituições financeiras; e, em segundo lugar, em razão de perderem parte de seu controle sobre ativos de tais instituições e, com especialidade, sobre parte dos mecanismos de política monetária.” (CAMINHA, 2013, p. 253)*

Por fim, tratemos da securitização sobre ativos do agronegócio. Essa modalidade específica encontra respaldo legal na Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004, cujo modelo adotado remonta à estrutura similar da securitização de base imobiliária, com o escopo de desenvolver investimentos e financiar atividades ligadas a produtos agropecuários.

Para viabilizar a emissão dos títulos, foram criados os Certificados de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) e as Letras de Crédito do Agronegócio (LCA), lançados exclusivamente por instituições financeiras. De igual forma, o artigo 36 da Lei 11.076 prevê o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), cuja emissão é exclusiva de sociedades de securitização de recebíveis. Inclusive, a CVM comunicou ao mercado que, no tocante ao CRA, aplicará a mesma regulamentação do registro de ofertas e emissores de Certificados de Recebíveis Imobiliários - CRI, em virtude da natureza jurídica semelhante.

Como se vê, as operações de securitização possuem, como fim precípuo, a antecipação de recursos para o financiamento imediato da atividade empresarial. De igual forma, serviu ao longo da história como importante instrumento – tanto nos EUA, como no Brasil – para captação de recursos destinados a sanar o déficit habitacional.

A ausência de legislação geral sobre o tema, se por um lado gera maior flexibilidade e adaptação às peculiaridades de cada ativo, por outro pode redundar em maior insegurança nas operações e, conseqüentemente, à menor popularidade em seu uso e sua difusão. Contudo, importante ressaltar a visão de Uinie Caminha novamente:

*“Apenas após a operação estar plenamente caracterizada em nossa sociedade, no que diz respeito a estrutura e função econômica, poder-se-ia criar legislação ampla, para consolidar o uso que já vem sendo observado, de moro a incorporá-la definitivamente a nosso ordenamento jurídico.” (CAMINHA, 2004)*

## **1.2 Estrutura jurídica geral da securitização no Brasil**

### 1.2.1 Dos sujeitos envolvidos na operação

A securitização se construiu a partir da ideia do trust norteamericano, no qual o settlor transfere a propriedade de bens corpóreos ou incorpóreos a outra entidade (o trustee), que os administrará, em benefício de outrem. O settlor equivale à originadora e o trustee à entidade de propósito específico, sendo os beneficiários os investidores.

O trust é um instituto adaptável às mais diversas situações práticas, tendo como características: (i) a separação entre os bens transferidos ao trustee e o restante de seu patrimônio; havendo insolvência do trustee, o patrimônio separado não será afetado; (ii) a destinação dos bens é estipulada pelo settlor, sujeitando-se o trustee à sua disciplina e (iii) há dupla propriedade de bens, sem que haja condomínio (de um lado, a propriedade formal é do trustee, de outro, os beneficiários com a propriedade econômica ou de fruição, o que lhes confere determinados direitos, como a sequela: a possibilidade de reaver os bens).

No Brasil, o trust não foi adotado no âmbito da securitização, sobretudo pela não aceitação do regime de dupla propriedade, pela forma incipiente com que o patrimônio de afetação ainda é tratado, ou pela ausência de instrumentos eficazes de controle (CHAVES, 2006).

Dentre essas limitações, desenvolveram-se as sociedades de propósito específico e os fundos de investimento em direitos creditórios, que conseguiram, em parte, reproduzir, a partir de outra linguagem, a mesma estrutura do trust.

Nesse sentido, em linhas gerais, há basicamente três atores envolvidos na operação: (i) a originadora dos créditos, (ii) um veículo de propósito específico, responsável pela colocação dos títulos emitidos no mercado de valores mobiliários e (iii) os investidores. Também pode se citar o auditor independente, o agente fiduciário, as agências de rating, a seguradora e a instituição financeira responsável pela estruturação da operação, na qualidade de intermediadora, usualmente conhecida como underwriter.

São infundáveis os eventuais originadores de créditos, bastando que concedam créditos, de natureza financeira ou não, para a formação de uma carteira que será posteriormente cedida a um veículo de securitização, mediante, geralmente, contraprestação em dinheiro. Assim, qualquer entidade, a princípio, estaria legitimada a ceder créditos para a operação, bastando que seja possível seu cabimento na regulamentação específica para aquisição pelos veículos de securitização (FAVERO JUNIOR, 2014). Nada impediria, ainda, diante da homogeneidade de créditos, securitização feita por múltiplas pessoas, o que acabaria por permitir maior acesso a esse instrumento de captação de recursos. (CHAVES, 2006)

Os veículos de propósito específico (VPEs), por sua vez, podem ser divididos em dois grupos: (i) as companhias securitizadoras de crédito, constituídas na forma de sociedade de propósito específico e os (ii) fundos de investimento em direitos creditórios.

De início, cabe destacar que a sociedade de propósito específico não é novo tipo societário, devendo se enquadrar em um dos tipos já previstos no ordenamento. O nome diz respeito apenas à finalidade da entidade. Não se enquadrando nas hipóteses do art. 966, § único do Código Civil (atividades não empresárias), deverá ser constituída a partir de uma das formas da sociedade empresarial, preferindo-se pela forma limitada ou anônima, diante do regime de responsabilidade dos sócios.

Contudo, dependendo dos créditos securitizados, determinado tipo societário deverá ser adotado, conforme estipulado pelo ordenamento<sup>212</sup> e pelos atos normativos da CVM e CMN. Se houver emissão de debêntures, deverá se constituir obrigatoriamente como SA, em observância às INs nº 134/1990 e 292/1998 da CVM e a Res. Nº 1723/1990 do CMN. Havendo emissão pública, a SA deverá ser aberta.

Exclusivamente, seu objetivo é a aquisição de créditos de uma ou mais originadoras, possibilitando a estas a antecipação do recebimento de recursos a custos e riscos menores do que os obtidos mediante a utilização de outros mecanismos. Não possui interesse próprio, como obtenção de lucro, apenas atendendo, no mais das vezes, os interesses da originadora. Diante dessa conjuntura, ficaram conhecidas como “sociedades-escravas” (CHAVES, 2006).

Os Fundos de Investimento em Direitos Creditórios, por sua vez, tiveram funcionamento autorizado pela Res nº 2.907/01 do CMN, passando largamente a serem utilizados na securitização como entidade de propósito específico, tornando-se até mais interessantes que as próprias SPEs.

Criados com o objetivo de dar liquidez ao mercado de crédito, ao diminuir riscos e aumentar a oferta de recursos, os FIDCs despontariam como alternativa às companhias securitizadoras, com a emissão de cotas a serem adquiridas por investidores, captando recursos que serão utilizados na compra de novos créditos da originadora. Além disso, possuem vantagens de natureza fiscal, oriundas, em grande parte, da ausência de personalidade jurídica. Trata-se de opção de financiamento fora do sistema financeiro,

---

<sup>212</sup> A título de exemplo, na securitização de recebíveis do agronegócio, o artigo 38 da Lei nº 11.076/94 assim dispõe: Art. 38. As companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio são instituições não financeiras constituídas sob a forma de sociedade por ações e terão por finalidade a aquisição e securitização desses direitos e a emissão e colocação de Certificados de Recebíveis do Agronegócio no mercado financeiro e de capitais.

contudo, não há óbice à possibilidade de utilização desses veículos também por instituições financeiras para desaguar suas carteiras de crédito (AVELINO, 2014).

Apesar de não possuírem personalidade, tampouco capacidade jurídica, são sujeitos de encargos, demandando, ainda, a presença de administrador para seu efetivo funcionamento, o que acabaria por tornar seu uso mais custoso. Entendimento predominante advoga em prol da natureza jurídica de condomínio voluntário dos FIDCs, de natureza especial. (CHAVES, 2006)

Pode ser aberto ou fechado, conforme critérios de resgate de cotas (inciso. V e VI do art. 2 da Res IN 356/2001). No fundo aberto, os cotistas poderão solicitar a qualquer tempo o resgate de suas cotas, enquanto no fechado, há de se aguardar o término do prazo de duração do fundo para se proceder ao resgate. Diante do sigilo da identidade e indeterminação do número de investidores, aliado a questões contábeis, eles não ficam como coproprietários dos bens, mas como proprietários das cotas representativas do fundo.

Por fim, os investidores são responsáveis pela compra dos títulos ou valores mobiliários emitidos pelo veículo de propósito específico, viabilizando a antecipação do recebimento dos créditos pela originadora. Se o veículo for uma SPE, inexistente restrição quanto à natureza do investidor, que pode assumir a forma de pessoa física ou de pessoa jurídica. Entretanto, caso o veículo seja um FIDC, apenas investidores qualificados poderão adquirir suas cotas.

Na esteira do que argumenta Avelino (2014, p. 109-110), o investidor qualificado pode ser identificado a partir de três vetores. O primeiro se relaciona à capacidade de compreender e assumir riscos, a exemplo dos administradores de carteira, consultores de investimentos credenciados na CVM e empregados ou sócios do administrador ou gestor, quando autorizados pelo diretor responsável pelo fundo na CVM. Em seguida, identifica-se a figura dos investidores institucionais, como as instituições financeiras, seguradoras, entidades abertas e fechadas de previdência complementar e, ainda, os regimes próprios instituídos pelos entes públicos. O último vetor a partir do qual um investidor qualificado pode ser identificado relaciona-se com o caráter financeiro combinado com declaração de capacidade de compreender riscos, destacando-se, nesse sentido, os investidores que possuam no mínimo R\$ 300.000,00 em investimentos e atestem sua condição de investidor qualificado. O artigo 109 da Instrução nº 409/2004 da CVM elenca o rol desses investidores qualificados.<sup>213</sup> Conforme conclui Avelino (2014, p. 110):

---

213 Art. 109. Para efeito do disposto no artigo anterior, são considerados investidores qualificados:

*“A diferenciação entre investidores qualificados e não qualificados destaca-se pelo fato de os investidores qualificados, por possuírem maior capacidade de compreender e assumir riscos poderem, por exemplo, concentrar seus investimentos de forma diferenciada, tendo ampliados os limites de concentração em determinados ativos ou emissores. A característica de investidor qualificado está fundada no princípio da maior capacidade de compreensão dos riscos ou de suportar maiores riscos, inclusive de perdas, tanto assim que fundos destinados a investidores qualificados são dispensados da apresentação de prospecto e podem dobrar certos limites por emissor.”*

Em especial, cumpre ressaltar o risco intrínseco ao investimento realizado pelo investidor qualificado em um fundo de investimento. Tendo em vista que o FIDC ostenta natureza de condomínio, além de eventual redução do patrimônio em função da inadimplência dos devedores dos direitos creditórios adquiridos, os investidores também

---

I – instituições financeiras;

II – companhias seguradoras e sociedades de capitalização;

III – entidades abertas e fechadas de previdência complementar;

IV – pessoas físicas ou jurídicas que possuam investimentos financeiros em valor superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e que, adicionalmente, atestem por escrito sua condição de investidor qualificado mediante termo próprio, de acordo com o Anexo I;

V – fundos de investimento destinados exclusivamente a investidores qualificados;

VI – administradores de carteira e consultores de valores mobiliários autorizados pela CVM, em relação a seus recursos próprios;

VII – regimes próprios de previdência social instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou por Municípios.

§1º Poderão ser admitidos, como cotistas de um fundo para investidores qualificados, os empregados ou sócios das instituições administradoras ou gestoras deste fundo, expressamente autorizados pelo diretor responsável da instituição perante a CVM.

podem responder pelas dívidas do fundo, na esteira do que preceitua o artigo 1.315 do Código Civil<sup>214</sup>.

### **1.2.2 Dos negócios jurídicos celebrados e da estrutura geral da operação**

A securitização de créditos desponta como operação complexa, formada por diversos negócios jurídicos interligados. Quanto maior a complexidade da operação, maior será o número de negócios jurídicos celebrados, com as mais diversas formatações, sobretudo em face da flexibilidade própria do instituto. Contudo, a estrutura geral da operação pode ser reconstituída a partir da celebração de dois negócios jurídicos base: (i) a cessão de crédito da originadora ao veículo de propósito específico, com a consequente segregação do ativo, e a (ii) emissão de títulos ou valores mobiliários, para posterior subscrição pelos investidores, antecipando o pagamento dos créditos à originadora.

No presente capítulo, torna-se imprescindível a análise pormenorizada desses dois negócios jurídicos, com vistas a adequadamente diferenciá-los de outras formatações similares, já pavimentando a vindoura discussão acerca da natureza da securitização de créditos públicos e suas eventuais limitações pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Em primeiro lugar, cumpre tecer comentários relativos à cessão de crédito. Trata-se de negócio jurídico fundamental à operação de securitização. Tal negócio jurídico encontra previsão legal nos artigos 286 e seguintes do Código Civil, a ele incidindo também regulação por parte do Conselho Monetário Nacional, uma vez que, nesse caso específico, opera-se no âmbito do sistema financeiro nacional. Corresponde à transferência ao veículo de propósito específico, feita pela cedente (originadora), do direito ao recebimento de determinado valor de seus devedores (e dos direitos acessórios).

A cessão de crédito tem como maior efeito a segregação do patrimônio da originadora para o veículo de propósito específico, com alteração subjetiva da obrigação<sup>215</sup>. Assim, realizado o negócio, o cessionário adquire, além do poder formal de exigir o cumprimento da obrigação por parte do devedor cedido, o próprio direito à

---

<sup>214</sup>Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

<sup>215</sup> A segregação do ativo pode ser interna ou externa. Na primeira, a emissão de valores mobiliários é feita pelo próprio originador, com vinculação ao ativo que lhe serve de lastro por meio de constituição de garantias. Trata-se, na verdade, de simples emissão de títulos com garantia determinada que, em que pese apresentar todas as características de uma operação de securitização, falta-lhe um elemento estrutural. Por outro lado, a segregação externa é caracterizada pela cessão de créditos a um veículo de propósito específico, apartando-se efetivamente o lastro da securitização do patrimônio do originador, como vem ocorrendo nas securitizações de créditos públicos. (CAMINHA, 2004, p. 106)



prestação, incluídos o direito a danos moratórios e por inadimplemento (CAMINHA, 2004, p. 78). Pode ter como objeto qualquer crédito, uma vez que a regra em matéria de direitos patrimoniais é a negociabilidade, além de ser celebrada a título gratuito ou oneroso.

Todavia, como negócio instrumental à operação de securitização, a cessão de crédito tem na onerosidade elemento fundamental para o alcance de sua finalidade (GAGGINI, 2003, p. 44-45), sobretudo por ser através do pagamento da cessão que a originadora consegue antecipar os recursos referentes ao crédito cedido, a partir da subscrição dos valores mobiliários emitidos pelo veículo de propósito específico.

Em acréscimo, destacam-se as formalidades necessárias ao aperfeiçoamento do pacto, previstas no artigo 288 e 290 do Código Civil. Exige-se, como fator de eficácia perante terceiros, a celebração do negócio mediante instrumento público, ou particular que se revista das formalidades do § 1º do artigo 654. Além disso, para que a cessão tenha eficácia em relação ao devedor, é necessária sua notificação acerca do negócio ou, ao menos, sua declaração de ciência, mediante escrito público ou particular. Nesse ponto, diante da enorme gama de contratos a serem securitizados, bem como do enorme número de devedores, torna-se inviável a notificação de todos eles, situação que poderia se constituir em entrave às operações.

Para resolver a situação, é possível que seja incluso, no próprio contrato que será posteriormente securitizado, cláusula cientificando o devedor de que seu crédito poderá ser objeto de futura cessão, antecipando a ciência da operação (GAGGINI, 2003). Noutra prisma, pode se delegar ao cedente as funções de agente arrecadador dos créditos cedidos, de modo que o pagamento possa ser feito diretamente ao credor originário (CAMINHA, 2004).

Realizada a cessão do crédito, o veículo de propósito específico emite valores mobiliários no mercado, que serão subscritos pelos investidores interessados. No caso de a operação ter como intermediário Fundo de Investimento em Direitos Creditórios, haverá disponibilização de quotas para posterior integralização pelos investidores, cuja disciplina legal, contudo, segue o mesmo regramento da distribuição de valores mobiliários.

É nessa fase que efetivamente ocorre a securitização, com a transformação do crédito em títulos negociáveis. Como discorrido anteriormente, na securitização de base imobiliária, por exemplo, há emissão de títulos específicos, como o certificado de recebíveis imobiliários – CRI e, posteriormente, as LCIs. Contudo, de maneira geral, a debênture passou a ostentar a posição de principal título emitido para concretizar a operação (CAMINHA, 2004, p. 109), em virtude de sua flexibilidade, podendo ser emitida conforme as necessidades de cada operação, sobretudo no que toca a termo, garantia e forma de remuneração, sendo espécie de valor mobiliário bastante reconhecida no mercado, o que traz maior segurança aos investidores. Seu conceito geral pode ser assim exprimido:

*“As debêntures constituem valores mobiliários (artigo 2º, Inciso I da Lei nº 6.385/1976, com redação dada pela Lei nº 10.303/2001) que conferem aos seus titulares um direito de crédito contra a companhia emissora, nas condições estabelecidas na escritura de emissão e no certificado, se houver (artigo 52 da Lei nº 6.404/1976, com redação dada pela Lei nº 10.303/2001).*

*Assim, a configuração da debênture como um título de crédito decorre dos próprios termos da lei. A palavra “debênture”, ainda que decorrente de prática financeira inglesa, é de procedência latina, designando o dever, a dívida pecuniária; trata-se, a debênture, de documento comprobatório de uma dívida da companhia. A debênture, dessa forma, designa o direito de crédito de seu titular contra a companhia emissora, em razão de um empréstimo por ela contraído.” (EIZIRIK, GAAL, et al., 2011, p. 68)*

Importante ressaltar que quando o fluxo financeiro a ser cedido não for conhecido com segurança, um importante instrumento disponível ao cedente é subscrever valores mobiliários subordinados, sejam eles debêntures ou cotas de FIDCs. Como explica Eduardo Salomão Neto:

*“As cotas dos fundos de recebíveis podem ser de classe sênior ou subordinada. O caráter distintivo das cotas subordinadas é só receberem rendimentos quando e se paga integralmente a remuneração estipulada para as cotas seniores, bem como a possibilidade de serem integralizadas e resgatadas pela transferência de direitos creditórios ainda não realizados. Em virtude disso, são usadas pelas instituições financeiras que promovem o fundo para dar garantias de liquidez para os demais cotistas. Ao adquirirem cotas subordinadas, além da cessão onerosa descrita no parágrafo anterior, cedem ao fundo pacote adicional de créditos através da integralização com eles de cotas subordinadas. Se os créditos cedidos apresentarem níveis altos de inadimplimento, o excesso aumenta a segurança dos investidores*

*ordinários (os cotistas seniores) de que receberão o valor de resgate de suas cotas.” (SALOMÃO NETO, 2014)*

Nesse contexto, uma visão panorâmica da securitização nos conduz à elaboração do seguinte esquema geral, sem prejuízo da eventual presença de outros agentes igualmente importantes para o bom caminhar da operação, como o auditor independente, o agente fiduciário, as agências de rating e a seguradora<sup>216</sup>:

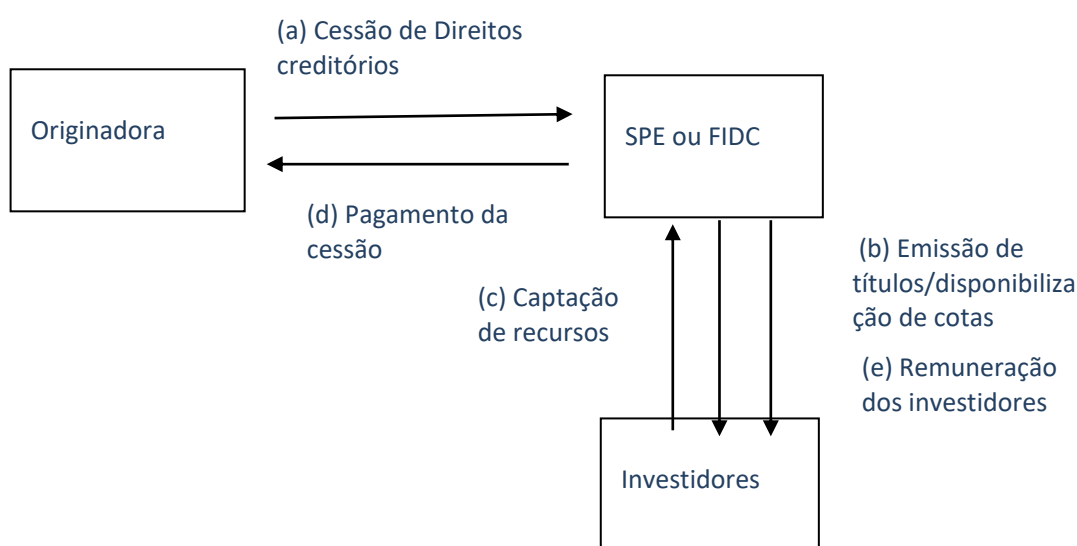


FIGURA 1 – Estrutura genérica da securitização de créditos

Fonte: Elaborado pelo autor

Em síntese, a sociedade originadora, por meio de uma operação de cessão, (a) transfere seus direitos creditórios ao veículo de propósito específico, que pode ostentar a forma de sociedade de propósito específico ou de fundo de investimento em direitos creditórios, como permite a atual legislação. O VPE, por sua vez, (b) coloca no mercado valores mobiliários, para posterior titularização pelos investidores, de forma a (c) angariar recursos. Com a receita obtida, o veículo realiza o (d) pagamento à originadora, correspondente à cessão realizada.

### 1.3 Vantagens e riscos da securitização

Como instrumento destinado a viabilizar maior circulação de riquezas, via captação prematura de recursos, a securitização favorece o contexto de desintermediação financeira,

<sup>216</sup> Acreditamos que para o propósito do presente trabalho, não seria adequado traçar as devidas considerações acerca desses agentes.

na medida em que busca angariar valores sem necessidade de intermediação de instituição financeira, com apelo direto ao mercado de capitais.

Dentre as vantagens na utilização do expediente, Kleber Pacheco de Castro e José Roberto Afonso trazem, a partir da literatura nacional estrangeira, rol que elenca oito itens:

*“• [a securitização] facilita a criação de mercados de créditos financeiros. Na ausência deste tipo de operação, apenas acordos bilaterais seriam possíveis, como, por exemplo, o empréstimo bancário. Com a negociação dos créditos a terceiros, haveria um natural crescimento do mercado de crédito, com mais tomadores e mais ofertantes;*

*• quando lastreada em ativos, é capaz de reduzir o risco de liquidez do mercado de crédito, evitando crises financeiras severas. A redução de risco, por sua vez, implica em redução do custo de financiamento;*

*• aumenta a dispersão dos ativos financeiros. Como usualmente são vários os cessionários participantes da operação envolvendo um ativo, desconcentra-se na prática a propriedade deste;*

*• incrementa a propensão a poupar da economia como um todo, haja vista a criação de um mercado para aplicações financeiras que proporciona retornos atrativos – normalmente acima da média;*

*• ao eliminar intermediários (bancos e agentes financeiros especializados), a securitização de ativos reduz custos de transação. O processo conecta a atividade de tomada de crédito com o mercado de capitais, facilitando a negociação entre tomadores e ofertantes de crédito, o que, quase sempre, significa menos custos para realizar a operação;*

*• diversifica o risco em diferentes níveis, que são atribuídos a diferentes agentes, atuando em sentido oposto ao tradicional*

*sistema bancário de crédito, que concentra todo o risco em seus representantes, inviabilizando muitas vezes a expansão das empréstimos. O resultado disso é uma melhor alocação dos riscos e dos recursos no mercado, promovendo o fortalecimento do mercado financeiro;*

- *reduz o foco sobre a propriedade, uma vez que há efetivamente a transferência do direito sobre esta (na forma de ativos) para terceiros, tornando o cedente um administrador ou custodiante de recursos gerados pela operação. A propriedade, neste caso, seria de todos os investidores envolvidos na operação. Filosoficamente, admite-se a partir daí que o capitalismo deixaria de ser um capitalismo de propriedades, mas de administração de recursos; e*

- *absorve/reduz o impacto de recessões econômicas. A facilidade para acessar o mercado de crédito seria um amenizador de momentos de crise. Evidências históricas mostradas pelo autor corroboram esta tese.” (DE CASTRO e AFONSO, 2018)*

Os autores, de igual maneira, procuram trazer os riscos inerentes à operação que, desde a crise do subprime americano em 2008, preocupam a comunidade internacional. Isso porque o mecanismo seria responsável pela criação de um risco sistêmico no mercado financeiro. Assim, os possíveis riscos no manejo da securitização podem ser agrupados em sete grupos:

- *risco de pré-pagamento, que está associado à possibilidade de antecipação do pagamento da remuneração do investidor, antes da data de vencimento prevista. Neste caso, o cessionário (investidor) teria alguma perda dos juros a que teria direito caso o pagamento se desse na data correta;*

- *risco da taxa de juros, que está associado à possibilidade de haver um descasamento entre a taxa utilizada na captação dos recursos e taxa utilizada no pagamento destes recursos. Por exemplo, uma operação pode ter um ativo remunerado a taxas pré-fixadas enquanto seu passivo é corrigido a taxas pós-fixadas. Neste caso,*

*se houve um choque (aumento) dos juros na economia, a operação estará comprometida, pois a obrigação de remuneração aos investidores crescerá muito frente aos ativos securitizados;*

*• risco da taxa de câmbio, que está associado a possibilidade de haver um descasamento entre as moedas que estão atreladas ao ativo e passivo da operação. Ou seja, tal risco só se dará quando os recebíveis da operação foram indexados por alguma moeda estrangeira. Em caso de grande desvalorização da moeda nacional frente a estrangeira, haveria um aumento da obrigação do agente securitizador;*

*• risco operacional, que está associado aos riscos inerentes ao negócio. São eles: fraudes, demandas trabalhistas, falhas de sistemas de informação, falhas de gerenciamento, práticas inadequadas relativas a clientes, entre outros.”<sup>217</sup>*

Diante de tal panorama geral das operações de securitização, passaremos a investigar a experiência prática realizada pelo Estado brasileiro em seu manejo, sobretudo no escopo de delimitar sua natureza jurídica, à luz das determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## **2.A SECURITIZAÇÃO DE ATIVOS PELO SETOR PÚBLICO**

Conforme dados do Banco Central, o déficit primário consolidado do Brasil, em 2018, alcançou o valor de R\$ 108 bilhões, o que representa 1,57% do PIB. Apesar da diminuição em relação ao exercício anterior, no qual o resultado fiscal fechou o ano negativo em R\$ 124,4 bilhões (1,9% do PIB), a trajetória ainda é preocupante. A Dívida Bruta do governo atingiu a cifra de R\$ 5,3 trilhões, valor que representa 76,7% do PIB. Em

---

<sup>217</sup> Os autores ainda trazem o risco de liquidez e o risco de seleção adversa de portfólio. O primeiro se verifica quando os títulos emitidos não encontram mercado secundário relevante, o que os torna pouco atrativos, diminuindo, assim, sua liquidez. No segundo caso, por vezes, seleciona-se os bons ativos para realização do negócio, enquanto aqueles de menor qualidade são mantidos em carteira.



meio ao quadro de fragilidade fiscal, florescem discussões acerca do eventual caminho a ser pavimentado para reverter a atual situação.<sup>218</sup>

As reformas da previdência e a tributária despontam como medidas estruturais, cujo escopo de recuperação das contas públicas só pode ser atingido a longo prazo, exigindo-se, ainda, vigoroso esforço político no sentido de se compatibilizar os interesses envolvidos, além de se preservar a força normativa de nossa Constituição Cidadã, especialmente no que toca ao núcleo essencial dos direitos sociais.

Nesse contexto, no campo das propostas que pretendem apresentar solução com impacto a menor prazo, a securitização da dívida pública exsurge como nova fronteira de atuação do Poder Público, instrumento próprio do mercado de capitais que vêm sendo amplamente utilizado por estados e municípios. E, se de um lado o apelo a ferramentas inovadoras ganha força no atual quadro de desajuste fiscal, de outro, crescem os questionamentos acerca do risco envolvido nessas operações.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> Dados retirados diretamente do portal do Banco Central.

<sup>219</sup> A título ilustrativo, além dos questionamentos levantados pelo TCU, conforme retratado pelo Acórdão nº 772.16, que trata de operações realizadas pelos municípios de Belo Horizonte, Nova Iguaçu e Distrito Federal, citamos os seguintes expedientes em curso, a respeito de operações realizadas pelos mais diversos entes federativos do Brasil:

- No Rio de Janeiro, o Ministério Público do Estado ajuizou Ação Civil Pública, que tramita sob os autos nº 0297334-52.2017.8.19.0001, contra a Companhia Fluminense de Securitização (CFSEC S/A) sob o fundamento de que suas operações seriam ilegais e constitucionalmente proibidas, além de terem como consequência o aumento do endividamento público estadual. (<https://www.mprj.mp.br/web/guest/home/-/detalhe-noticia/visualizar/51301>)
- O Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco suspendeu pregão da Prefeitura de Recife, cujo objeto é a operacionalização da empresa destinada a lançar debêntures no mercado de títulos lastreadas na dívida ativa do município. (<http://www.tce.pe.gov.br/internet/index.php/lista-noticias/143-junho/2375-tce-suspende-pregao-da-prefeitura-do-recife>)
- O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul deferiu cautelar à representação do Parquet de Contas junto àquele Tribunal (TC 11474-0200/16-6), suspendendo o funcionamento da INVESTPOA, criada para operar mecanismo semelhante. (<http://www.febrafite.org.br/wp-content/uploads/2016/11/decisao0911POA.pdf>)
- O mesmo fez o TCE do Paraná, suspendendo operações de cessão de direitos creditórios pela empresa PRSEC S/A. (<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2016/9/pdf/00302647.pdf>)
- Do mesmo modo, diversas representações foram apresentadas junto ao Tribunal de Contas do Município de Salvador (Processo 05098-17 - Protocolado em 06/07/2017), Ministério Público Federal (00030462/2017 - Protocolado em 06/07/2017) e Ministério Público do Estado da Bahia (MP/BA 3.9.135644/2017 - Protocolado em 05/07/2017), questionando a criação da Companhia de Desenvolvimento e Mobilização de Ativos de Salvador – CDEMS.

A maior celeuma, sem dúvidas, diz respeito à eventual caracterização jurídica da securitização como operação de crédito, nos termos do disposto no artigo 29, inciso III combinado com o artigo 37 da LRF, cujo efeito imediato seria a submissão da operação às restrições, limites e condições presentes nesse diploma, bem como nas Resoluções nº 40/2001 e 43/2001 do Senado Federal.

Parece-nos razoável, nesse ponto, construir sólidas balizas em torno do conceito de operação de crédito, do ponto de vista jurídico, permitindo efetiva contraposição – ou aproximação – com as operações de securitização.

Assim, levando-se em conta a relevância da transferência substancial ou não de riscos do ativo ao adquirente – apta a caracterizar presença de garantias da originadora ao adimplemento do crédito – poder-se-ia vislumbrar a aproximação da securitização de ativos do setor público com uma simples operação de alienação de ativos ou como uma efetiva operação de crédito, no espírito, inclusive, do disposto no Projeto de Lei nº 459/2017. Mas não é só isso, há diversas outras questões que gravitam a matéria, suscitando diversas dúvidas acerca não só da constitucionalidade do ajuste, como do efetivo compromisso firmado pelo Poder Público.

## **2.1 Da natureza jurídica da securitização de ativos pelo setor público**

O Estado e o capital não são fenômenos distintos, surgindo ambos da crença pós-feudal no progresso e no conseqüente mito compartilhado do crédito e do mercado. Derivado do latim *credere*, crédito simboliza confiança, o credo de que o dinheiro, a produtividade e a propriedade crescerão.

Do ponto de vista jurídico, a noção de crédito, no seio de uma relação obrigacional, traduz o direito subjetivo do sujeito ativo em exigir contraprestação de caráter patrimonial, o que, no presente contexto, relaciona-se intimamente com a noção de empréstimo. Para Geraldo Ataliba, a operação de crédito abrange quaisquer operações que envolvam a utilização de recursos de outrem por um período de tempo, de modo a extrapolarem-se as noções de mútuo e de comodato (ATALIBA, 1973).

- 
- O *Parquet* de Contas mineiro apresentou representação junto ao TCE/MG visando à suspensão de novas transferências patrimoniais de bens da Prefeitura de Belo Horizonte para a empresa PBH Ativos S/A, além da proibição de se emitir novas debêntures. (<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/mp-de-contas-pede-suspens%C3%A3o-de-repasses-para-pbh-ativos-1.1537706>)
  - Em São Paulo, tramita Ação Popular ajuizada contra a Companhia Paulista de Securitização - CPSEC, sob os autos nº 1039132-29.2016.8.26.0053, além de representação protocolada no Tribunal de Contas do Estado pelo Sindicato dos Agentes Fiscais de Rendas – SINAFRESP, que tramita sob os autos de nº 24428.026.16.

O regime jurídico dessas operações, quando celebradas pelo Poder Público, é tratado tanto pela Constituição quanto pela legislação infraconstitucional.

Já no artigo 22, VIII, a Constituição reservou à União competência privativa para legislar sobre política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores. Ao Senado, conforme estabelece o artigo 52, incisos V a IX<sup>220</sup>, destacam-se competências relativas ao estabelecimento de limites globais e condições para operações de crédito, além de autorizações para operações externas de natureza financeira, o que foi materializado pelas Resoluções de nº 40 e 43, ambas de 2001, além da Resolução nº 48/2007.

Além disso, conforme estabelece o mandamento do artigo 163, da Constituição Federal<sup>221</sup>, a Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu artigo 29, inciso III, traz o seguinte conceito para as operações de crédito:

*“Art. 29. Para os efeitos desta Lei Complementar, são adotadas as seguintes definições:*

*(...)*

---

220 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

221 Art. 163. Lei complementar disporá sobre:

(...)

II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público;

III - concessão de garantias pelas entidades públicas;

IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública;

*III - operação de crédito: compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros;”*

Como se pode perceber, a lei traz um conceito amplo para o termo, não o restringindo à operação de mútuo convencional. Diante disso, para alguns autores, o dispositivo reclamaria do intérprete atenção redobrada para, em frente à multiplicidade de negócios aptos a caracterizar operação de crédito, não adotar postura discricionária que inclua quaisquer operações na definição elencada, sobretudo diante da expressão “outras operações assemelhadas”. Para Heleno Taveira Torres:

*“Questão tormentosa, portanto, reside na utilização da expressão ‘e outras operações assemelhadas’, o que permitiria a compreensão de que se está diante de definição exemplificativa, e não taxativa. Contudo, esta é mesmo regra limitativa da autonomia dos Estados, com afetação às finanças públicas dos entes estatais, com efeito sobre o próprio federalismo fiscal, o que impede qualquer recurso a interpretações ampliativas ou capazes de acrescer limites que a LRF não constitui. Com ‘outras operações assemelhadas’, somente pode-se entender aquilo que se mantenha em conexão material ou causal com contratos de ‘mútuo’, de ‘abertura de crédito’, de ‘emissão e aceite de título’, de ‘aquisição financiada de bens’, de ‘recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços’, de ‘arrendamento mercantil’ ou ‘uso de derivativos financeiros’. Ou seja, somente terá o condão de se afirmar como ‘operação de crédito’ vedada pela LRF, ainda que na forma de ‘novação’, ‘refinanciamento’ ou ‘postergação’, alguma operação que mantenha identidade ou semelhança com estas modalidades, devido ao caráter taxativo e vinculante dos atos e negócios jurídicos defesos pela LRF.”*

Em igual sentido, elucida o artigo 37, acerca das operações equiparadas às de crédito:

*Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados:*

*I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição;*

*II - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação;*

*III - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes;*

*IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços.*

Para balizar a interpretação do instituto, diante das múltiplas configurações de negócios passíveis de serem enquadrados como operação de crédito, Heleno Taveira Torres propõe sua leitura a partir de três elementos: (i) a confiança, (ii) o capital e (iii) o tempo. (TORRES, 2014, p. 448)

Sobre o mesmo tema, o Manual de Demonstrativos Fiscais editado pela Secretaria do Tesouro Nacional dispõe:

*“Em regra, as operações de crédito possuem pelo menos uma das seguintes **características**:*

*a) Envolvem o **reconhecimento**, por parte do setor público, **de um passivo**, que equivale a um aumento do endividamento público com impactos no montante da dívida pública e na capacidade de endividamento do ente;*

b) Pressupõem a **existência de risco de não adimplemento** de obrigações que, em geral, materializa-se na forma de cobrança de juros explícitos ou implícitos, deságio e demais encargos financeiros, tendo como consequência uma redução do Patrimônio Líquido do ente que equivale a um aumento do valor original da dívida e

c) **Diferimento no tempo**, uma vez que, em regra, as operações de crédito envolvem o recebimento de recursos financeiros, bens, ou prestação de serviços, os quais terão como contrapartida a incorporação de uma dívida a ser quitada em momento futuro.” (STN, 2014)

Para melhor compreender a questão, no que toca à caracterização da securitização como operação de crédito, Luis Felipe Vidal Arellano adentra à análise do Pronunciamento nº 38 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis que dispõe que a baixa contábil de um instrumento financeiro ocorre tão somente quando haja transferência substancial de todos os riscos e benefícios da propriedade do ativo financeiro, de forma que tal transferência deve ser avaliada em função do fluxo de caixa esperado da entidade, antes e depois da operação. (ARELLANO, 2019, p. 302 e 303). Nesse ponto, no tocante à securitização, o autor ressalta que:

*“No caso de operações que envolvam a subscrição de debêntures ou cotas subordinadas, entende-se que haveria retenção substancial dos riscos e que, portanto, não seria adequada a baixa dos créditos transferidos no ativo da entidade originadora. Isso, porém, nem sempre será verdadeiro, visto que a cessão pode envolver transferência substancial do risco mesmo em face da existência de ordem de preferência de pagamento. Tratar-se-á, portanto, de uma questão a ser avaliada a cada caso, em face do tamanho das debêntures/cotas subordinadas em relação à obrigação de pagamento às debêntures/cotas seniores. Se, em função das variáveis concretas, for altamente improvável a ausência de pagamento das debêntures/cotas seniores, recaindo todo o risco*



*sobre o detentor das debêntures/cotas subordinadas, então, deve-se inequivocamente manter o registro do instrumento financeiro no ativo da entidade cedente.”*

Esse “reforço de crédito” é o que torna mais complexa a distinção entre a securitização e as operações de crédito. Para o autor, mesmo diante da subscrição pelo cedente de debêntures ou cotas subordinadas, não haveria que se falar em operação de crédito, uma vez que o risco do cessionário não é o risco de inadimplência do cedente, que sequer teria corresponsabilidade pela solvência dos créditos. O risco, a bem da verdade, seria de inadimplência dos devedores dos créditos cedidos. Por outro lado, caso haja compromisso de aportes adicionais em caso de aumento da inadimplência dos créditos, restaria clara a garantia integral de solvência dos créditos pela originadora, caracterizando-se como operação de crédito.

Tomando como base a definitividade da cessão e a ausência de garantias ao adimplemento do crédito, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, por meio dos Pareceres PGFN/CAF/Nº 1975/2012 e PGFN/CAF nº 1579/2014 afastou a ideia de que a securitização se enquadraria como operação de crédito.

De igual forma, o artigo 37 da LRF, ao equiparar à operação de crédito a captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição, cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, não seria passível de subsunção às operações de securitização, na medida em que os créditos securitizados pelos entes públicos, em sua maioria, são oriundos de parcelamentos tributários, isto é, já se encontram constituídos e com seus respectivos fatos geradores verificados.<sup>222</sup>

Essas noções parecem ter sido adotadas pela Resolução nº 11/2015 do Senado Federal, que deu nova redação ao artigo 5º da Res. Nº 43/2001, posteriormente modificada pela Res. Nº 17/2015. Ao vedar cessão de fluxos de recebimentos de direitos creditórios que não sejam definitivas ou que envolvam a concessão de garantias de solvência dos créditos em relação ao adquirente, o Senado parece ter clareado tanto a questão relativa à transferência do risco, melhor delimitando a fronteira entre operação de crédito e alienação de ativos. Inclusive, a Comissão de Assuntos Econômicos – CAE, no Parecer CAE nº 463/2016, em resposta a aviso do Tribunal de Contas da União, acerca do Acórdão

---

<sup>222</sup> Para José Roberto Afonso e Kleber Pacheco de Castro: “Se há certa incerteza quanto à caracterização da operação de securitização como operação de crédito, parece menos problemático o debate em torno da concepção de “antecipação de receita orçamentária”. Esta modalidade de receita – que é restringida pela LRF – é levantada como ponto fraco da securitização por alguns críticos do projeto. Ocorre que é infundada a alegação de antecipação, haja vista que tratar-se de um fluxo de recursos que deveria ter sido recebido no passado, mas que não se efetivou.”

772/2016, deixou clara a intenção de facilitar as operações de securitização. Na linha do que argumenta o Relator, o Senador Lindbergh Farias, nem mesmo o reforço de crédito, via subscrição de cotas subordinadas, seria suficiente para caracterizar uma operação de crédito, devendo ser levada em conta a proporcionalidade da garantia ofertada. Somente se for manifestamente excessiva, estaria configurada operação de crédito.

Nesse panorama, conforme argumenta Luis Felipe Arellano, ainda que a securitização, do ponto de vista econômico e contábil, possa se aproximar de uma operação de crédito, do ponto de vista jurídico, não haveria como extrair tal conclusão, nos termos do preconizado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Havendo transferência aos investidores, ainda que não integral, dos riscos e benefícios intrínsecos aos ativos, a operação se caracterizaria como alienação de ativos. (ARELLANO, 2019)

É o que também defende Erick Tavares Ribeiro, que não vislumbra assunção de compromisso financeiro por parte do Estado em operações de securitização, tampouco de endividamento:

*“Fica muito claro que, qualquer que seja a modalidade escolhida, o originador não assume qualquer espécie de endividamento, uma vez que não se torna devedor, seja do veículo, seja dos investidores que adquirem os títulos. Com a segregação de um ativo do seu patrimônio, o cedente dos créditos não se torna responsável pelo pagamento aos investidores.*

*Em decorrência da cessão de créditos, o Estado (inclusive seus fundos de previdência) não se responsabiliza nem mesmo pelo repasse do fluxo de capitais.*

*A operação, deste modo, pode ser descrita como uma operação com ativos, como uma alienação de um específico ativo (no caso, o fluxo a receber decorrente de um direito de crédito), à semelhança do que poderia ocorrer com outros ativos do Estado: títulos federais, automóveis, mobiliário antigo. Apenas se transforma uma riqueza estática em dinâmica.*

*A securitização, assim, aparece como instituto jurídico que congrega uma série de instrumentos adequados à circulação dos créditos.*

*Não há, portanto, que se cogitar de responsabilidade do ente público cedente, de garantia de pagamento do fluxo adquirido pelos investidores ou de contração de dívida. Tem-se somente alienação do ativo.” (RIBEIRO, 2014)*

De outro lado, diversos órgãos de controle, setores da sociedade civil e da comunidade jurídica em geral questionam não só a constitucionalidade, como também os eventuais prejuízos que a operação pode causar.

Parcela da doutrina, por exemplo, defende interpretação mais ampliativa da Lei de Responsabilidade Fiscal, de maneira a se estender o conteúdo da expressão “compromisso financeiro” e “outras operações assemelhadas”. Seria o necessário diante da impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses do gênero, que costumam crescer nos períodos de frustração de receita. O espírito da LRF, assim, seria de limitar o comprometimento de receitas futuras, garantindo a higidez financeira e a própria estabilidade econômica do país, a partir de um conceito de operação de crédito muito mais amplo e abrangente. (OLIVEIRA, 2016)

Dessa forma, seria irrelevante, por exemplo, se os fatos geradores já ocorreram. A bem da verdade, a arrecadação futura seria objeto de troca intertemporal, por meio da qual seu valor futuro é entregue de forma antecipada, com alto valor de deságio. O que interessaria à LRF seria a essência da troca financeira intertemporal, independentemente do desenho jurídico da operação. E, reconhecida a securitização como operação de crédito, deve-se prestigiar a dicção do artigo 32 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que exige autorização do Ministério da Fazenda para que os entes federativos contraiam empréstimos.

Em acréscimo, conclui Júlio Marcelo de Oliveira:

*“Destaque-se ainda que tais operações de crédito, ainda que compatíveis com a capacidade de endividamento do ente, quando feitas em contexto de elevada taxa de juros, como o atual, implica necessariamente elevado deságio em relação ao valor original dos créditos. Desse modo, a arrecadação obtida no presente será muito pequena em relação ao fluxo de caixa futuro, transferindo grande*

*parcela de riqueza do estado para os investidores e para as instituições responsáveis pela intermediação financeira, quando todo o trabalho de cobrança dos créditos continuará sendo responsabilidade do ente estatal.”<sup>223</sup> (OLIVEIRA, 2016)*

Para Arellano, contudo, não se pode afirmar que a existência de deságio, por si só, configure operação de crédito, pois não significaria prejuízos ao cedente, sobretudo em face da cessão de créditos pendentes de pagamento e de difícil recuperação. (ARELLANO, 2019) De outro lado, parte da doutrina entende que o deságio intrínseco à operação seria espécie de benefício fiscal transversal, na medida em que, por meio da desvalorização do ativo, ocorreria o perdão parcial da dívida de parte dos devedores. (SOUZA NETO, 2018)

Além disso, a baixa recuperabilidade do crédito refletiria em enormes deságios, chegando a ser superior a 95% dos valores inscritos em dívida, o que não representaria vantagem a longo prazo para o Poder Público (ANACLETO, 2015). A questão, a bem da verdade, merece reflexão mais profunda, inclusive, a partir de um olhar estrutural sobre a eficiência do sistema tributário nacional, marcado por volumosas renúncias fiscais<sup>224</sup> e programas de parcelamento tributário<sup>225</sup>, cujo devido aprofundamento destoaria do objetivo do presente trabalho.

É aqui que também a situação ganharia contornos mais drásticos no que toca ao desrespeito ao princípio da isonomia, uma vez que os direitos creditórios cedidos seriam oriundos de parcelamentos a longo prazo, dentro de programas de incentivo, o que favoreceria o contribuinte inadimplente, que poderia, inclusive, tornar-se investidor de sua própria dívida com a Fazenda.

Nesse sentido, destacam-se também as críticas relativas à falta de transparência nos projetos de lei dos entes federativos que autorizam tais operações, que ao não serem submetidos ao devido escrutínio público antes de sua aprovação, acabam por suscitar

---

<sup>224</sup> Somente em 2019, a estimativa é que persistam algo em torno de R\$ 376 bilhões em renúncias fiscais no nível da União (<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/20/governo-estima-conceder-r-376-bi-em-incentivos-fiscais-em-2019.ghtml>).

<sup>225</sup> Como se pode ler em <https://oglobo.globo.com/economia/novo-refis-o-31-programa-de-parcelamentos-especiais-em-17-anos-21419078>, foram mais de 30 programas de reparcelamento desde a Lei de Responsabilidade Fiscal, o que provoca certa reflexão sobre eventual política em favor da inadimplência deliberada de tributos.

diversas dúvidas acerca do montante do fluxo de caixa futuro de que se está abrindo mão. (OLIVEIRA e SCARPINO JR, 2015)

Outro problema diz respeito à securitização como política de Estado, não só de governo, visando a mitigar eventuais prejuízos intergeracionais. Mesmo se se tratar de mera alienação de ativos, chama atenção em que medida o artigo 44 da LRF226 terá concretude, ao evitar que os recursos sejam usados para despesas de custeio, em tempos de malfadada flexibilização da própria regra de ouro.<sup>227</sup>

Em acréscimo, outras questões polêmicas surgem acerca da securitização. Órgãos de classe da Advocacia Pública sempre apresentaram diversas inconsistências nas operações. Tomando por conta a noção do crédito tributário ser inalienável, indisponível e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, não haveria como alienar o direito autônomo a ele ligado. Isso porque não há como separar juridicamente tal direito do direito à percepção do fluxo financeiro. (OLIVEIRA, 2016)

Assim, permanecendo os poderes de cobrança do crédito com a respectiva procuradoria do ente cedente, colocar-se-ia em xeque a definitividade da cessão. E, conforme já defendido pela PGFN, no bojo do Parecer nº 1505/2015228 a cobrança da dívida ativa é atividade típica de Estado, impossível de ser delegada a particulares, sob pena de violação ao artigo 131, §3º da Constituição.<sup>229</sup>

---

226 Art. 44. É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

227 Conforme aponta o relator do Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019, Dalirio Beber, no Parecer 8/2018 da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização (CMO): “A dívida pública está sendo alimentada com gastos que meramente se exaurem em si mesmos, sem agregar valor, seja na forma de bens, seja na de conhecimento. Estamos nos endividando para pagar pessoal, benefícios e juros e manter isenções tributárias”. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1676406&filename=PAR+1+C MO+%3D%3E+PLN+2/2018+CN](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1676406&filename=PAR+1+C MO+%3D%3E+PLN+2/2018+CN).

228 Responsável por analisar a constitucionalidade do Projeto de Lei Complementar de nº 181, de 2015 e Projeto de Lei de nº 3.777, de 2015, que dispõem sobre a cessão de créditos inscritos em dívida ativa da União a instituições de direito privado e dão outras providências, situação parecida em grande medida com a tratada pelo PLP 459.

229 Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Para Arellano, trata-se de indevida confusão, cuja base remonta à falta de técnica em distinguir a leitura dos fenômenos do cotidiano a partir das diferentes lentes apresentadas por ciências distintas, isto é, a ciência do Direito e da Contabilidade<sup>230</sup>. Daí as severas críticas do autor às Instruções de Procedimentos Contábeis IPC 13, que concluem pela impossibilidade da cessão de fluxo de recebíveis com retenção da titularidade do crédito e da cobrança, sem que sejam retidos riscos substanciais, extraíndo indevidamente conclusões jurídicas de fatos meramente contábeis. Assim, seria plenamente possível conferir caráter autônomo do direito creditório, separado do crédito em si.

A matéria, como se pode ver, carrega inúmeras divergências na doutrina, demandando contínuo estudo e aprofundamento. Nesse sentido, o PLP nº 459/2017 parece fornecer maior segurança jurídica aos gestores, apesar de, a nosso sentir, merecer reflexão mais aprofundada sob o prisma do sistema tributário em geral.

## **2.2 O Projeto de Lei Complementar nº 459, de 2017**

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 204 de 2016, de autoria do Senador José Serra (PSDB/SP), convertido na Câmara para PLP nº 459/2017, permite “[...] aos entes da federação, mediante autorização legislativa, ceder direitos creditórios originados de créditos tributários e não tributários, objeto de parcelamentos administrativos ou judiciais, inscritos ou não em dívida ativa, a pessoas jurídicas de direito privado”.

Por meio de referido projeto, não haveria mais necessidade de um intermediário para executar a operação, como o veículo de propósito específico ou fundo de

(...)

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

<sup>230</sup> Como afirma o autor: “os objetivos da Contabilidade não coincidem com os objetivos do Direito. A Contabilidade é o conjunto de conhecimentos e técnicas voltados ao registro de fatos com impacto sobre o patrimônio de uma organização. Seu interesse principal é na geração de informações, por meio de relatórios, que reflitam da maneira mais fiel o possível o valor do patrimônio da organização em todas as suas componentes, bem como o resultado de suas atividades. O Direito, por sua vez, tem como um de seus valores fundamentais a ideia de segurança e de estabilização das expectativas na sociedade, visando à pacificação dos conflitos. Neste contexto, embora se tratem de ramos do conhecimento que com frequência se cruzam, não é correto, do ponto de vista metodológico, pretender extrair de procedimentos contábeis consequências definitivas em matéria jurídica. Esse equívoco, muito comum na área do direito financeiro, comercial, econômico e tributário, tende a conduzir a conclusões juridicamente erradas, baseadas em uma petição de princípio (petitio principii)” (ARELLANO, 2019, p. 327).



investimento. Além disso, não haveria conversão do crédito em títulos ou cotas, mas sim sua alienação direta e definitiva pela pessoa jurídica de direito público ao investidor particular, com aplicação de deságio. O projeto prevê, ainda, que as operações não imponham qualquer ônus futuro não sejam caracterizadas como operação de crédito, mas sim como alienação de ativos.

Aqui já começariam os problemas, em virtude de contradição com outro trecho da proposta, que prevê que a cessão se dê apenas sobre o “direito autônomo ao recebimento do crédito”. Volta ao debate a possibilidade de se cingir o direito creditório do crédito em si. Aqui ganha força o debate sobre a eventual distinção entre o crédito em si e o direito autônomo a seu recebimento, o que, se para Arellano advém de confusão entre o Direito e a Contabilidade, para Júlio Marcelo de Oliveira, como já dito, não seria possível tal separação.

Diante disso, haveria realmente definitividade da cessão?

O questionamento ganha força na medida em que a cobrança continuaria a ser feita pelos órgãos de Advocacia Pública<sup>231</sup>, isso porque a privatização da dívida ativa, como explanado anteriormente, esbarraria no princípio da indisponibilidade do interesse público, na medida em que os créditos nela inscritos gozam de indisponibilidade e inalienabilidade, ressalvados os casos previstos no artigo 150, § 6º da Constituição, restando possível apenas a cessão do fluxo financeiro.

Ponto polêmico, da mesma maneira, seria a vinculação da receita de impostos à remuneração dos investidores, em descumprimento ao artigo 167, inciso IV da Constituição Federal. Ao alienar recebíveis futuros, oriundos de parcelamentos tributários, por exemplo, o cedente automaticamente vincularia o fluxo financeiro tributário ao pagamento dos investidores. Poder-se-ia advogar em torno da classificação da operação como ARO –

---

231 Sobre esse ponto, em especial, cabe destacar o posicionamento de Antônio Velloso Carneiro: “Falando em amarras, o projeto prevê que a cobrança do crédito caberá ao próprio governo, o que de tão lesivo ao interesse público chega a ser inconstitucional. Por que manter a procuradoria pública atolada com o trabalho de uma cobrança que não beneficiará o governo, e sim o investidor privado? E mais, ao reter a prerrogativa de cobrança, o governo assume dever fiduciário perante o investidor, que cobrará indenização se a procuradoria for omissa ou desidiosa na cobrança, o que é provável por causa do desinteresse econômico do órgão público formalmente encarregado pela cobrança.

O investidor, por outro lado, não poderá turbinar a cobrança com seus próprios assessores, perdendo-se todo o potencial trabalho de advogados especializados, firmas de investigação patrimonial ou negociadores profissionais, por exemplo. Como via de regra defendem interesses indisponíveis, as procuradorias não têm experiência na negociação de acordos, que é a ferramenta básica da indústria da cobrança. Enfim, nenhum investidor será louco de ficar na mão de advogados públicos que, por lei, não lhe devem satisfação. E, se o louco aparecer, é certo que cobrará mais deságio ainda.”

antecipação de receita orçamentária, uma das exceções constitucionais. Contudo, como salienta Pedro Henrique Gomes Sales:

*“...se encararmos a securitização como uma ARO, incorreremos em dois problemas: (i) voltaremos a cometer as falhas apontadas pelo TCU, quando o órgão afirmara, anteriormente, que a securitização é uma operação de crédito (ARO) mascarada para fugir ao controle do endividamento e (ii) teríamos de aceitar que um determinado Chefe do Poder Executivo teria ingerência sobre créditos tributários futuros que venceriam, eventualmente, no mandato de seu sucessor<sup>232</sup>.” (RAMOS SALES, 2016)*

Igualmente, ganha relevo o debate sobre a vinculação de receitas, no que tange à destinação de valores a entes subnacionais e às despesas em Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS) e Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE). Nesse ponto, o projeto apresenta proposta no sentido de se preservar a base de cálculo dessas vinculações, além de não abranger percentuais de crédito que pertençam a outros entes da federação, o que, ao menos em tese, não frustraria as obrigações constitucionais com saúde, educação e transferências a demais entes.

Para aqueles que se simpatizam em certa medida com o projeto, haveria subutilização do potencial do instituto por ele regulado. Ao contemplar apenas créditos objetos de parcelamentos, o tamanho do ativo a ser securitizado se reduz fortemente em comparação à totalidade da dívida ativa. O objeto de securitização do projeto de lei abrangeria apenas 6,8% de seu potencial, considerando o estoque do governo central (DE CASTRO e AFONSO, 2018).

---

232 Vale dizer que Arellano, entretanto, não compartilha do mesmo entendimento no que toca à cessão de direitos creditórios com vencimento em exercícios posteriores ao término do mandato do atual governante: “Não dividimos a opinião quanto à limitação da cessão de créditos relativos a exercícios posteriores ao encerramento do mandato do chefe do Poder Executivo como regra geral. Primeiramente, é preciso observar que tal regra se encontra expressa apenas quanto à participação governamental obrigatória, nas modalidades de royalties, participações especiais e compensações financeiras, no resultado da exploração de petróleo e gás natural, de recursos hídricos para fins de energia elétrica e de outros recursos minerais (artigo 5º, VI, a e b da Resolução SF n. 43/2001), não se aplicando automaticamente para as demais espécies de cessão de créditos. No mais, não é verdade que qualquer cessão comprometa o equilíbrio intergeracional, sendo certo que há aplicações para os recursos antecipados que poderão gerar resultados para as gerações vindouras, sendo esse o aspecto essencial a se observar.” (ARELLANO, 2019, p. 331)

Em acréscimo, a segurança jurídica seria reforçada pela atualização dos valores do crédito segundo a taxa Selic, usada pelo mercado privado, ao invés de se prestigiar os critérios originais aplicados à dívida ativa e aos demais créditos tributários. Além disso, não há previsão no projeto sobre eventual cancelamento da inscrição em dívida ativa dos créditos cedidos. (CARNEIRO, 2017) (DE CASTRO e AFONSO, 2018)

Ademais, não haveria clareza sobre o deságio envolvido na operação, que pode variar de 5% a 10%, até 65%, conforme mostra José Roberto Afonso. Em contrapartida, há aqueles que projetam valores próximos de 95%, como dito anteriormente.

A falta de precisão em relação ao percentual liga-se intimamente à qualidade da dívida ativa cedida, no que diz respeito à expectativa de seu recolhimento. Como o projeto apenas prevê a securitização de créditos objetos de parcelamento, o grau de sua recuperabilidade ganha força, o que, se de um lado impacta na redução da dívida líquida, conforme o governo recupera importante parcela de seu orçamento passado (DE CASTRO e AFONSO, 2018), de outro, provoca questionamentos de cunho intergeracional.

A questão que se coloca é: a operação, do ponto de vista financeiro, seria realmente vantajosa para o Poder Público? A questão ganha contornos interessantes em face da proposta de redação do Art. 39 –A, § 4º<sup>233</sup>, que dispõe que o cedente não poderá prejudicar os demais entes que se beneficiariam da parcela do crédito cedido. Sobre o tema, vejamos a seguinte situação hipotética:

*“Tomemos, como exemplo, um estado fictício que possui créditos de ICMS em desfavor de um determinado estabelecimento varejista que atua no ramo de peças automobilísticas. O empreendimento tinha um débito junto à fazenda estadual e aderiu a um programa de parcelamento. A dívida do contribuinte, devidamente novada, deveria ser paga em cinquenta prestações de dois mil reais. Dessa forma, a expectativa do tesouro deste estado fictício é agregar aos cofres locais o montante de cem mil reais em cinquenta meses. É sabido que um quarto deste valor deve ser repassado aos municípios. Logo, a expectativa de arrecadação efetiva é de setenta e cinco mil reais.*”

---

233 Art. 39 –A, § 4º, dispõe que A cessão de direitos creditórios não poderá abranger percentuais do crédito que, por força de regras constitucionais de repartição, pertenceriam a outros entes da Federação e a fundos constitucionais.

*Aprovado o programa de securitização, o estado poderá antecipar o valor a receber, o que ocorrerá sob forte deságio. Claro, para justificar o abandono de investimento em renda fixa com uma taxa básica de juros de 14,25%, sem nenhum risco, o investidor não vai querer comprar o risco do inadimplemento pagando um preço alto. Vale lembrar a máxima de que o banco nunca perde.*

No intuito de ilustrar a dimensão do prejuízo, imaginemos uma operação levada a efeito com deságio de 50%. É evidente que estamos tratando de uma perda bastante substancial, mas não é só isso – diga-se de passagem. Cabe lembrar aqui a ocorrência de um segundo prejuízo. De acordo com o que dispõe o Projeto, o ente cedente não pode prejudicar os demais entes subnacionais que receberiam a partilha do crédito cedido. Em bom português: quem cede os direitos creditórios assume o deságio sozinho. A regra é, em alguma medida, salutar para não vulnerar ainda mais as finanças dos municípios brasileiros. Salutar, mas cruel para fins de viabilidade do negócio.

*O estado fictício que receberia cem mil reais a título de ICMS parcelado iria apropriar-se, efetivamente, de setenta e cinco mil reais. Entretanto, após ceder o crédito com deságio de 50%, vai receber apenas cinquenta mil reais. Não se pode perder de vista que apenas vinte e cinco mil reais serão integrados ao tesouro local, dado o dever legal do ente cedente em proceder ao repasse integral da transferência constitucional devida às municipalidades. Partir de uma expectativa de apropriação de setenta e cinco mil reais e lograr arrecadar apenas vinte e cinco mil é uma realidade dura.*

*Matematicamente, ao menos com relação aos tributos partilháveis, demonstramos que a “venda” dos ativos a receber é quase uma entrega desesperada. Isso porque o ente perde duas vezes: a primeira no deságio e a segunda no dever de promover o repasse cheio da transferência. Após verificar que a cessão terá os efeitos próprios de uma dilapidação, vamos examinar a natureza daquilo que será vendido a preços módicos.*

*O alvo do programa de securitização, nos termos do PLS 204/16, será o estoque de créditos inscritos em dívida ativa objeto de parcelamento judicial e administrativo. Ora, antes de vender alguma coisa, importa saber a qualidade do que se vende. E aqui mais uma surpresa: a proposta é vender o que há de bom no estoque de recebíveis, uma vez que a taxa de inadimplemento de parcelamentos é baixa. Trata-se de um crédito que é recuperado em grande medida. Essa é uma conclusão óbvia, já que o inadimplemento do parcelamento gera o vencimento antecipado da dívida e a perda das benesses concedidas.*

*Não bastasse a “entrega” do valor negociado a preço vil, a proposta ainda trata da venda de crédito bom e não de créditos podres, estes assim chamados quando se mostram passíveis de enquadramento em hipóteses de remota possibilidade de recuperação. Por fim, registramos que o site do Senado aponta que 1631 internautas opinaram contra a Proposição e apenas 16 mostraram-se favoráveis. Os números são expressivos e fazem valer o brocardo A voz do povo é a voz de Deus.” (RAMOS SALES, 2016)*

Dessa forma, exige-se a necessária cautela, agregando à análise da securitização a reflexão da viabilidade econômico-financeira da medida, que propõe a troca de arrecadações momentaneamente elevadas pelo não recebimento futuro de significativas parcelas de créditos tributários, o que deve ser levado à escrutínio republicano, com as devidas projeções submetidas ao controle social.

## **CONCLUSÕES**

A securitização de recebíveis representa um importante instrumento de mobilização de recursos na atual trajetória de evolução da sociedade capitalista. Sua função econômica pode ser sintetizada a partir de três grandes pilares: mobilizar riquezas, dispersar riscos e desintermediar o processo de financiamento. Do ponto de vista jurídico, para sua concretização, são necessários diversos negócios jurídicos, com destaque para a cessão de créditos, mediante deságio, e consequente segregação de ativos entre a originadora e uma sociedade de propósito específico ou fundo de investimento em direitos creditórios. A partir desse veículo, há emissão de debêntures no mercado ou integralização

de cotas do fundo por investidores, antecipando o recebimento da receita pelo ente originador.

Diante da perspectiva de frustração de receita dos entes públicos, aliada à baixa recuperabilidade de seus créditos e ao contínuo crescimento de obrigações de fazer, a securitização de créditos tornou-se medida interessante ao Poder Público. Contudo, seu uso é alvo de muitas críticas, em especial em função da incerteza quanto sua caracterização como operação de crédito e seu impacto intergeracional. Nesse sentido, a controvérsia reside na eventual transferência do risco ligado ao pagamento dos ativos, isto é, à presença ou não da responsabilidade do cedente pelo adimplemento do fluxo financeiro cedido, cuja discussão engloba tanto aspectos do Direito quanto da Contabilidade. Daí ser possível caracterizar o negócio como operação de crédito ou alienação de ativos.

Sobre esse aspecto, há certa celeuma em relação à amplitude do termo *operação de crédito*, consagrado na Lei de Responsabilidade Fiscal. Inclusive, diante da indisponibilidade e inalienabilidade do crédito inscrito em dívida ativa, parcela dos estudiosos acredita que não seria possível ao Poder Público proceder à sua cessão, considerando, ainda, ser artificial a distinção entre o direito à percepção do fluxo financeiro e o crédito em si. Esse nos parece ser um dos pontos que merecem maior aprofundamento.

Nesse sentido, até mesmo o PLP nº 459/2017 não parece fornecer subsídios jurídicos suficientes para garantir a segurança jurídica tão almejada na definição da operação. Se por um lado consagra como alienação de ativos as cessões em que há transferência total dos riscos pelo inadimplemento dos créditos, por outro restringe a cessão ao direito autônomo ao recebimento do crédito, o que geraria questionamentos acerca da própria definitividade da cessão, retomando a relevância da distinção entre crédito e direito creditório. Tais questionamentos ganham ainda mais força diante da competência para cobrança dos créditos, que permaneceria com os respectivos órgãos de advocacia pública.

Por outro lado, se do ponto de vista jurídico a operação carece de clareza, discussão de igual relevância diz respeito ao comprometimento intergeracional do orçamento público, por exemplo, a partir dos vultosos deságios aplicados à operação.

Assim, deve haver adequada mensuração entre os valores recebidos em antecipação e o fluxo financeiro que posteriormente remunerará o investidor, de forma que a operação, no longo prazo, não se torne demasiadamente desvantajosa para o Poder Público, agregando à análise reflexão sistêmica acerca do sistema tributário em geral, em especial quanto à qualidade e recuperabilidade do crédito cedido, às renúncias de receita e aos parcelamentos tributários. Para tanto, parece-nos razoável submeter o projeto de lei



em questão a maior escrutínio público, com vistas a agregar maiores elementos à sua análise e a garantir a transparência na Administração Pública.

### **Bibliografia**

ANACLETO, S. Proposta de privatizar a Dívida Ativa não é boa solução para crise. *Conjur*, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-19/simone-anacleto-privatizar-divida-ativa-nao-solucao-crise>>.

ARELLANO, L. F. V. Crédito público, operações estruturadas e endividamento: a preservação e a construção do patrimônio público sob a perspectiva intergeracional e inter-regional. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2019.

ATALIBA, G. Empréstimos públicos e seu regime jurídico. São Paulo: RT, 1973.

AVELINO, L. F. C. Aspectos jurídicos da securitização no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, University of São Paulo. São Paulo. 2014.

BRASIL, T. C. U. Acórdão nº 772/2016. Tribunal de Contas da União, 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1658520090.PROC/%2520/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>.

CAMINHA, U. A securitização função econômica e regime jurídico. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2004.

CAMINHA, U. Securitização. São Paulo: Saraiva, 2005.

CAMINHA, U. Notas sobre a securitização. In: JÚNIOR, F. S. D. S. Direito, Gestão e prática: mercado de capitais. São Paulo: Saraiva, 2013. Cap. 5, p. 207-265.

CARNEIRO, A. V. Governo precisa conhecer mercado antes de regular securitização de dívida ativa. *Conjur*, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-21/antonio-veloso-securitizacao-divida-ativa-exige-regras-claras>>.

CHAVES, N. C. Direito empresarial: securitização de crédito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DE CASTRO, K. P.; AFONSO, J. R. R. Securitização de recebíveis: uma avaliação de créditos tributários e dívida ativa no setor público brasileiro. *Economic Analysis of Law Review*, vol. 9, n. 2, agosto 2018. 5-34.

EIZIRIK, N. et al. Mercado de Capitais – Regime Jurídico. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FAVERO JUNIOR, O. Z. Securitização de ativos e transferência de risco: evidências do mercado de capitais brasileiro. Dissertação (Mestrado) - FEA-USP. São Paulo. 2014.

GAGGINI, F. S. Securitização de recebíveis. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.

HUNT, E. K.; LAUTZENHEISER, M. História do pensamento econômico. 3ª ed. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

LEÃES, L. G. D. B. O conceito de security. In: LEÃES, L. G. D. B. Direito Comercial: textos e pretextos. São Paulo: João Bushatsky, 1976. p. 237-267.

OLIVEIRA, J. M. Securitização da dívida ativa enfraquece a responsabilidade fiscal. Conjur, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-out-27/contas-vista-securitizacao-divida-ativa-enfraquece-responsabilidade-fiscal>>.

OLIVEIRA, R. T.; SCARPINO JR, L. E. Securitização da dívida ativa não pode ser simples política de governo. Conjur, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-11/diario-classe-securitizacao-divida-ativa-nao-politica-governo>>.

PGFN. Parecer PGFN/CAF nº 1975/2012 - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília: [s.n.]. 2012.

PGFN. Parecer PGFN/CAF nº 1579/2014 - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília: [s.n.]. 2014.

PGFN. Parecer PGFN/CDA nº 1505/2015 - Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília: [s.n.]. 2015.

RAMOS SALES, P. H. PLS 204/16 e o mito da securitização da dívida pública: um mau negócio à vista. JOTA, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pls-20416-e-o-mito-da-securitizacao-da-divida-publica-um-mau-negocio-vista-15102016>>. Acesso em: julho 2019.

RIBEIRO, E. T. Autonomia e Federalismo: a securitização de ativos como alternativa para a obtenção de receita por Estados e Municípios. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 68, 2014.

SALOMÃO NETO, E. Direito Bancário. São Paulo: Atlas, 2014.

SENADO FEDERAL, C. A. E. Parecer CAE nº 463/2016. Relator Senador Lindbergh Farias. Brasília: [s.n.]. 2016.

SOUZA NETO, J. F. Securitização, regra de ouro e o capital: A inconstitucionalidade das operações de securitização e cessão da Dívida Ativa. JOTA, 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/contraditorio/securitizacao-regra-de-ouro-e-o-capital-10092018#sdfootnote1sym>>. Acesso em: julho 2019.

STN, S. D. T. N. Manual de Demonstrativos Fiscais: Aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios. 6 ed. ed. Brasília: [s.n.], 2014.

TORRES, H. T. Direito Constitucional Financeiro: Teoria da Constituição Financeira. São Paulo: RT, 2014.

## **A PENA DE MULTA NO DIREITO PENAL: REPERCUSSÕES JURISPRUDÊNCIAS E FUNDAMENTOS PARA AFASTAR O ESTIGMA**

**LUÍS PAULO ROCHA CARDOSO:** Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduado em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Graduado pela Universidade Veiga de Almeida.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo analisar a alteração promovida pelo Pacote Anticrime (Lei de n.º 13.964 de 2019) no Código Penal, a respeito dos aspectos penais específicos da pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, este artigo procura desenvolver a evolução histórica da multa e as decisões dos Tribunais Superiores, além da apresentação das disposições doutrinárias e os seus reflexos. Não se perderá de vista a sua conceituação, apresentação de características, formas de cobrança e execução, bem como as suas repercussões penais e processuais penais. A abordagem é direta e busca oferecer uma visão panorâmica do debate, destinada principalmente a inteirar o público jurídico.

**Palavras-chave:** Pacote Anticrime. Lei 13.964/2019. Pena de Multa. Execução. Natureza. Penal. Processual. Defensoria Pública.

**Abstract:** The article aims to analyze the classification by the Anti-Crime Package (Reading no. Additionally, this article will develop a historical evolution of the fine and the decisions of the Superior Courts, in addition to the presentation of the doctrinal provisions and their reflexes. Its conceptualization, presentation of characteristics, forms of collection and execution, as well as its criminal and criminal procedural repercussions, will not be lost sight of. The approach is direct and seeks to offer a panoramic view of the debate, aimed mainly at the entire legal public.

**Keywords:** Anti-Crime Pack. Law 13.964/2019. Criminal fine. Execution. Nature. Criminal. Procedural. Public defense.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento histórico da pena de multa 3. Inovações trazidas pela Lei nº 13.964/2019 e a reafirmação da natureza jurídica de sanção penal. 4. Repercussões jurisprudências e fundamentos para afastar o estigma. 5. Conclusões.

### **1. Introdução**

O Direito Penal tem como função a proteção de bens jurídicos, que são valores ou interesses reconhecidos pelo ordenamento jurídico, sendo indispensáveis à satisfação do indivíduo e da sociedade como um todo, destacando-se que esta ciência apenas se preocupa com os interesses mais relevantes que são erigidos à categoria de bens, com

base no princípio da intervenção mínima, fundamentada, na sua espécie, na fragmentariedade.

Aplica-se, atualmente, a teoria mista/unificadora pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se depreende do artigo 59 do Código Penal Brasileiro, no que tange às circunstâncias judiciais. A função da pena está ligada ao punir o ato (aproximando-se da teoria absoluta/retributiva – a pena como fim em si mesmo) e também ressocializadora. Por outro lado, Juarez Cirino, citando Roxin, traz uma crítica a teoria unificadora:

“(…) teorias unificadas não permite superar as debilidades específicas de cada função declarada da pena criminal - ao contrário, as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares; segundo, não existe nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidades práticas reciprocamente excludentes”. (ROXIN, *Strafrecht*, 1 997, § 3, n. 35, p. 54);

Diante disso, a ideia de bem jurídico gera consequências na realização de juízo de valor acerca de determinado objeto ou situação jurídica e sua importância para a sociedade e, a fim de reprimir estas condutas violadoras, o Direito Penal entabula preceitos criminalizadores na codificação criminal e nas leis esparsas, prevendo sanções penais como resposta estatal, verdadeira aplicação da criminalização primária, que é estudada na criminologia.

As sanções penais tem como espécies as medidas de segurança e as penas, sendo estas últimas direcionadas a atingir a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis. Nesse sentido, Cleber Masson define a pena, como:

“Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime.

(...)

Como reação contra o crime, isto é, contra uma grave transgressão das normas de convivência, ela aparece com os primeiros agregados humanos. Violenta e impulsiva nos primeiros tempos, exprimindo o sentimento natural de vingança do ofendido ou a revolta de toda a comunidade social, ela se vai disciplinando com o progresso das relações humanas,

abandonando os seus apoios extrajurídicos e tomando o sentido de uma instituição de Direito posta nas mãos do poder público para a manutenção da ordem e segurança social.

Destarte, pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais.” (MASSON, 2019, p. 751/752).

Em consequência, a pena pode ser subdividida em três espécies: pena privativa de liberdade, restritiva de direitos e a pena de multa.

Especificamente quanto à pena de multa, trata-se de uma sanção de caráter eminentemente patrimonial, que pode ser estipulada aos crimes/delitos e contravenções penais (Decreto Lei nº 3688/1941, art. 5º, II). A pena de multa consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de quantia fixada na sentença condenatória e calculada em dias-multa, ressaltando-se a sua principal característica, qual seja: a sua força intimidatória. Todavia, a sua eficácia está umbilicalmente relacionada com a forma de execução, em respeito à sua essência de sanção criminal.

A presença da multa pode ser observada, na maior parte das vezes, na cominação do preceito secundário da norma penal (pena cominada ao tipo penal) de forma isolada ou cumulada com a pena de prisão (pena corporal).

Nessa toada, Cezar Roberto Bittencourt indica 2 (duas) das principais características da pena de multa, quais sejam: a possibilidade de sua conversão em pena de prisão, caso não seja paga (possibilidade vedada no Brasil a partir da Lei nº 9.268/96) e o seu caráter personalíssimo, ou seja, a impossibilidade de ser transferida para os herdeiros ou sucessores do apenado, consubstanciado, notadamente, no princípio da intranscendência das penas. (BITENCOURT, 2015, p.755).

Portanto, veja-se a importância do tema em debate, ressaltado pelas modificações e atualizações promovidas pela Lei de nº 13.964/2019, que veio sedimentar e dirimir qualquer dúvida a respeito da natureza jurídica da pena de multa. No entanto, é importante analisarmos o desenvolvimento histórico da aplicação da pena de multa no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2. Desenvolvimento histórico**

No ordenamento jurídico brasileiro, a pena de multa é encontrada atualmente na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 5º, inciso XLVI, alínea "c"<sup>234</sup>, e no Código Penal, em seu artigo 49<sup>235</sup>, consistindo, como já dito alhures, no pagamento ao Fundo Penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa, sistema este introduzido pela reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984, não podendo, caso não seja paga, ser convertida em prisão, pois a pena privativa de liberdade, nesse caso, fere frontalmente a Carta Magna, que proibiu expressamente a prisão por dívida, salvo a prisão do depositário infiel<sup>236</sup> e oriunda de dívida alimentar.

Nesse sentido, Cláudio Heleno Fragoso robustece essa crítica, nos seguintes termos:

"As vantagens da pena de multa são evidentes, precisamente porque não retira o condenado de seu círculo social, permitindo individualização de acordo com a sua situação econômica. O principal argumento contra a pena de multa é o de que ela atinge diferentemente os pobres e os ricos. É verdade também que ela afeta a família do condenado, mas, como observa Jescheck, a pena de prisão tem, sobre aquele, efeito muito mais grave. A conversão da multa em pena de prisão igualmente revela desigualdade manifesta em prejuízo dos pobres. Na União Soviética, a conversão da multa é proibida. Essa conversão, no entanto, é o que caracteriza a multa como pena criminal distinguindo-a das sanções do direito administrativo ou fiscal. O sistema de dias-multa, que permite uma individualização mais adequada, serve para diminuir a desvantagem da desigualdade entre pobres e ricos,

---

<sup>234</sup> Art. 5º, XLVI da CF/88 - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: c) multa;

<sup>235</sup> Art. 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

<sup>236</sup> Não é mais aplicado, diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 349703 e RE 466343), em compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, como também ao Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos da ONU e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana.



que é afinal, uma característica de todas as penas.” (FRAGOSO, 1993, p.314/315).

Logo, a Lei 9.268/1964 veio para harmonizar o Código Penal com a nova ordem constitucional, prevendo que não há mais a possibilidade de prisão por dívida de valor em decorrência de sanção penal. Todavia, assentou que a execução da pena de multa não cumprida deveria seguir as regras da execução fiscal, aduzindo que deveria ser aplicada as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição<sup>237</sup>.

Diante desse cenário, surgiram muitas dúvidas acerca da natureza jurídica da multa. Seria uma dívida de valor, executada perante a Fazenda Pública, ou uma espécie de sanção penal, executada pelo Ministério Público perante uma Vara de Execução Penal?

Para Zaffaroni e Pierangeli, diante da lacuna do Código Penal em razão da modificação legislativa, alertam:

“Desse modo, não paga a multa depois de dez dias após o trânsito em julgado (art. 50 caput), será a mesma considerada dívida de valor e executada conforme os trâmites previstos na Lei 6. 830/80, que disciplina a execução fiscal. Inúmeros problemas advieram a partir dessa reforma legislativa, a começar pela não indicação expressa do titular com legitimidade processual para promover a execução da multa penal, se o Ministério Público, se os procuradores da Fazenda Pública. Outrossim, o sistemático e engenhoso roteiro para a execução da pena de multa anteriormente estabelecido pela Lei nº 7. 210/84 (Lei de execução penal)- arts. 164 a 170- não foi alterado pelo legislador que instituiu o novo regime para a pena de multa, acentuando paradoxos. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2001, p. 817).

Daí surgiram na doutrina 2 (duas) correntes. De um lado (Damásio de Jesus e Luiz Flávio Gomes) apontam que a competência para a execução da sanção de multa inadimplida seria da Vara da Fazenda Pública e, por consequência, de atribuição da Procuradoria da Fazenda Pública, diante da expressa previsão do Código Penal, tendo em vista se tratar de dívida de valor, devendo respeitar as normas relativas à execução de dívida ativa. Por outro lado (César Bittencourt, Rogério Greco e Guilherme de Souza Nucci)

---

<sup>237</sup> Art. 51 do Código Penal (redação dada pela Lei de n.º 9.268/1996: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, aplicando-se-lhe as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.

afirmam que apesar do dispositivo legal, a execução da multa inadimplida deve continuar ocorrendo na Vara de Execução Penal e a atribuição continua sendo do Ministério Público Estadual, de forma geral, já que a pena de multa não perde a sua natureza penal, muito embora se utilize as normas de execução fiscal.

Com base nessa discussão, a jurisprudência acabou adotando o primeiro entendimento. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou súmula que ratificou o entendimento de que a Fazenda Pública possuía competência exclusiva para execução fiscal de multa pendente de pagamento<sup>238</sup>.

Esse entendimento, no entanto, foi modificado em 2018, por meio da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3150, dando uma nova interpretação ao artigo 51 do Código Penal, passando a dispor que, prioritariamente, a execução da dívida de valor deveria ser promovida pelo Ministério Público, pois a sanção de multa não perde a natureza penal, mesmo que inadimplida. Logo, observa-se que houve a superação do enunciado sumular de nº 521 do STJ.

Ademais, é importante ressaltar que o julgado trouxe a competência supletiva da Fazenda Pública, caso o *Parquet* não executasse a pena de multa no prazo de 90 dias, conforme se verifica a seguir:

A Lei nº 9.268/1996, ao considerar a multa penal como dívida de valor, não retirou dela o caráter de sanção criminal, que lhe é inerente por força do art. 5º, XLVI, c, da Constituição Federal. 2. Como consequência, a legitimação prioritária para a execução da multa penal é do Ministério Público perante a Vara de Execuções Penais. 3. Por ser também dívida de valor em face do Poder Público, a multa pode ser subsidiariamente cobrada pela Fazenda Pública, na Vara de Execução Fiscal, se o Ministério Público não houver atuado em prazo razoável (90 dias). 4. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para, conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 51 do Código Penal, explicitar que a expressão “aplicando-se-lhes as normas da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição”

---

<sup>238</sup> Súmula 521 do STJ: A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. (Publicada no DJE de 6-4-2015).

(ADI, 3150, 2018, publicado: 06/08/2019, relator: Ministro Marco Aurélio).

Logo, diante do julgado acima, é importante ressaltar que a natureza jurídica penal da multa já fora sedimentada pela Suprema Corte antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, que fortaleceu, ainda mais, o entendimento anterior.

### **3. Inovações trazidas pela Lei 13.964/2019 e reafirmação da natureza jurídica da sanção penal.**

A modificação de diversos dispositivos pela Lei 13.964/2019 teve como principal objetivo, na maioria dos casos, o recrudescimento do poder punitivo do Estado, aumentando o punitivismo sobre os supostos subversores das Leis Criminais. No entanto, a modificação no que concerne ao artigo 51 do Código Penal adveio com o objetivo de compatibilizar a codificação criminal com o entendimento do Pretório Excelso, na ADI 3150. Veja-se a sua nova redação:

“Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o **juiz da execução penal** e será considerada **dívida de valor**, aplicáveis as **normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública**, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição.”. **(Nossos grifos)**

A priori, a modificação legislativa manteve a disposição da redação anterior, exigindo o trânsito em julgado da sentença condenatória para que haja a execução da sanção penal de multa, o que significa dizer que execução provisória da pena de multa é proibida. Essa disposição foi de extrema importância, tendo em vista que está em harmonia com o atual entendimento da proibição da execução provisória da pena privativa de liberdade sem o trânsito em julgado, à luz do estado de inocência<sup>239</sup>.

Além disso, verifica-se que a nova redação do artigo permanece ressaltando que a multa é considerada dívida de valor, o que não denota, necessariamente, dizer que a natureza da sanção penal foi modificada, tendo em vista que é aplicada em conjunto com uma sanção privativa de liberdade ou restritiva de liberdade. A origem/causa da norma permanece a mesma, e, por isso, mantêm-se a sua natureza jurídica.

---

<sup>239</sup> 1ª Jornada de Direito Processual Penal. Enunciado 25: As obrigações pecuniárias (pena de multa, custas processuais e obrigação de reparar os danos) advindas da sentença penal condenatória recorrível, não podem ser executadas antes do trânsito em julgado.

A partir dessa reflexão, verifica-se a principal modificação, o artigo 51 agora colaciona expressamente que a pena de multa será executada perante o juiz da execução penal. Ratifica-se, portanto, o entendimento outrora acolhido pelo STF no sentido de que a execução deve ser promovida pelo Ministério Público Estadual ou Federal. No entanto, a normativa restou silente quanto à execução subsidiária da Fazenda Pública. Com o objetivo de dirimir essa dúvida, o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPJ) editou enunciado afirmando que cabe preferencialmente ao membro do Ministério Público com atribuição para execução penal ingressar com a ação para a execução da pena de multa perante o juízo das execuções penais, sob o rito da Lei 6.830/80, ou seja, a Fazenda Pública poderá executar a multa, caso o Parquet não a faça<sup>240</sup>.

Muito embora tenha havido a preocupação da nova legislação em compatibilizar o Código Penal com o entendimento jurisprudencial, o mesmo sentir não se pode afirmar nas disposições relativas à multa na Lei 9.099/95. Observa-se que o artigo 85<sup>241</sup> possui regra anterior à Lei 9.268/1996, com diretrizes que permitem a conversão da pena de multa em privativa de liberdade, em total descompasso com o ordenamento jurídico atual. Mesmo com essa previsão, deve-se interpretar o dispositivo da Lei dos Juizados Especiais à luz de uma carga valorativa constitucional, sem perder de vista que a Lei dos Juizados traz tratamento menos gravoso do que aquele presente no Código Penal, ocorrendo flagrante violação ao princípio da proporcionalidade.

Ademais, deve ressaltar que, mesmo que a execução seja realizada perante a Vara de Execuções Penais (VEP), observa-se que deve seguir os preceitos da Lei de Execução Fiscal de n.º 6.830/80, ratificando uma situação paradoxal com a aplicação de 2 (dois) diplomas normativos relativamente ao mesmo instituto.

Essa disposição já era criticada antes mesmo do surgimento da Lei 13.964/2019, tendo como um dos seus principais expoentes César Bittencourt:

Ficou interessante, por fim, a confusão criada por essa nova lei: o lapso prescricional continua sendo regulado pelo Código Penal (art. 114), mas as causas interruptivas e suspensivas da prescrição são as previstas pela Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6830/80), com exceção, é claro, da morte do agente (BITTENCOURT, 2000, p.510).

---

<sup>240</sup> Enunciado 1 do CNPJ.

<sup>241</sup> Art. 85 da Lei 9.099/95: *Não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos, nos termos previstos em lei.*

Portanto, embora tenha havido alteração importante no dispositivo, verifica-se que a modificação legislativa ainda padece de problemas, sem a indicação expressa da atribuição da Fazenda Pública como legitimada supletiva na execução da dívida de valor e a manutenção do procedimento utilizado na Lei de Execução Fiscal para a execução de uma dívida de valor com natureza jurídica penal.

#### **4. Repercussões jurisprudências e fundamentos para afastar o estigma.**

A ideia do etiquetamento foi desenvolvida nos anos de 1960/1980, também conhecida como *Labelling Approach* ou Interacionismo Simbólico ou Reação Social. O estudo aponta que a criminalidade não advém da qualidade humana, mas existe a partir de um processo que atribui essa qualidade ao indivíduo. A criminalidade é criada pelo próprio controle social. Logo, há uma diferenciação entre o homem comum (aquele que segue as regras estipuladas pela maioria) e o Criminoso (que recebe o etiquetamento de desviante).

Nesse sentir, o etiquetamento é uma modalidade de criminalização secundária, verificando-se quando os órgãos estatais detectam um indivíduo, a quem se atribui a prática de um ato primariamente criminalizado, sobre ele recaindo a persecução penal. É marcado pela vulnerabilidade e seletividade.

Com base nessa ideia, a pena de multa, reafirmando o seu caráter penal e estigmatizante, foi reafirmada recentemente pela 5ª Turma do STJ (REsp. 1.850.903) afastando a então orientação que havia sido adotada pela 3ª Seção do Tribunal da Cidadania no sentido de que, anteriormente, o inadimplemento da pena de multa não tinha o condão de impedir a extinção da pena, uma vez que o condenado tivesse cumprido inteiramente a privação da liberdade. Atualmente, caso não haja o pagamento da multa, em regra geral, não se pode declarar a extinção da punibilidade, mesmo que já cumprida a pena privativa de liberdade.<sup>10</sup>

Entretanto, o próprio STJ, por meio de sua 3ª Seção, realizou uma distinção (*distiguishing*) apontando que aquelas pessoas consideradas vulneráveis financeiramente não poderiam ter a extinção da punibilidade impedida, sob pena de ser estar realizando interpretação geradora de criminalização da pobreza e a ratificação da seletividade penal, conforme afirma Rubens Casara, de modo que o sistema de justiça penal, equivocadamente, acaba substituindo, na prática, as políticas sociais inclusivas<sup>242</sup>.

Ademais, o próprio E. Ministro Rogério Schietti no REsp 1.785.383/SP apontou no Tema Repetitivo 931, em 2021, que: "(...) ineludível é concluir que o condicionamento

---

<sup>242</sup> (Rubens Casara, *O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*, pág.91,2020).

da extinção da punibilidade, após o cumprimento da pena corporal, ao adimplemento da pena de multa transmuda-se em punição hábil tanto a acentuar a já agravada situação de penúria e indigência dos apenados hipossuficientes, quanto a sobreonerar pessoas próximas do condenado, impondo a todo o seu grupo familiar privações decorrentes de sua impossibilitada reabilitação social, o que põe sob risco a implementação da política estatal proteção do núcleo familiar (artigo 226 da Carta de 1988)".

Observa-se que as pessoas vulneráveis são, na maioria das vezes, assistidas pela Defensoria Pública, função essencial à justiça, de acordo com o artigo 136 da Constituição Federal, o que denota, ainda mais, a importância de que se afaste a proibição da extinção da punibilidade pela ausência do pagamento da multa, visto que não possuem a possibilidade de arcar com os custos judiciais da demanda e também de contratação de advogado, sem que se afete desproporcionalmente as condições de sobrevivência, rechaçando as consequências lógicas da teoria do impacto desproporcional.

No julgado apontado acima, assentou-se que pensar de forma contrária levaria à "sobrepunição da pobreza" e "acentuaria a já agravada situação de penúria e indigência dos apenados hipossuficientes", em razão de que, caso seja obstada a extinção da punibilidade, a suspensão dos direitos políticos se manterá, o que pode gerar reflexos ainda maiores de perpetuação do estigma de ex-recluso, gerando a impossibilidade, de muitas das vezes, de conseguir um emprego formal.

Nesse sentido, produz-se uma massa de presos que não conseguem emprego durante o cárcere (ressaltando a obrigatoriedade presente na Lei de Execução Penal), reflexo da situação de coisas inconstitucionais dos presídios brasileiros (ADPF 347), que saindo do cárcere se vê impedido de conseguir emprego, produzindo, o que o Ministro Schietti apontou, como: "um círculo vicioso de desespero".

Ademais, deve-se ponderar que admitir a utilização da multa como fator obstativo da extinção da punibilidade, traria a situação de que estaríamos, de forma reflexa, readmitindo a possibilidade da prisão corporal pelo não cumprimento da multa, fator que deve ser rechaçado, à luz do sistema jurídico democrático escolhido pelo Constituinte Originário, que, por meio da sua força normativa, tendo como marco teórico o neoconstitucionalismo, modificando a compreensão segundo a qual todos os ramos do direitos deverão passar por um filtro de constitucionalização.

Tal premissa também segue a orientação dos objetivos da Resolução do CNJ 425/2021, que determinou aos juízes de execução penal avaliar a possibilidade de extinguir a punibilidade do réu que já tenha cumprido a pena de prisão e esteja em situação de rua.



Em razão do exposto, deve-se ponderar a aplicação do Direito Penal frente aos Direitos Humanos (Protocolos e declarações internacionais) e Direitos Fundamentais (Direito Constitucional), sem perder de vista os direitos essenciais ao indivíduo, derivados da sua condição humana, previsto na ordem internacional. O Direito Penal, por implicar em restrição libertária, um dos principais Direitos Humanos, deve ser exercido em conformidade com este.

## **5. Da conclusão**

Levando-se em conta o que foi observado, a pena de multa é um instrumento presente no Código Penal e tem como objetivo principal ressarcir o Estado sobre os danos que porventura o autor do fato proporciona com a sua ação típica e antijurídica, além de ser uma forma de coibir o cometimento de delitos (função intimidatória – prevenção geral negativa).

Diante do contexto histórico, a pena de multa surgiu com força executiva que possibilitava, diante de seu inadimplemento, a prisão por detenção do infrator. Todavia, com a mudança operada pela Lei 9.268/1996, ratificou a importância da ferramenta para o Direito Penal, notadamente quanto à impossibilidade de prisão do apenado, evitando-se a entrada do sujeito no submundo do cárcere, além de evitar a retirada do convívio familiar e da estigmatização que a privação de liberdade gera naturalmente.

Além disso, a importância de ratificação do entendimento dos Tribunais Superiores com a modificação da norma pelo Pacote Anticrime demonstra a preocupação do legislador em atualizar o ordenamento frente às necessidades do sistema penal. Verifica-se que a disputa inicial de legitimação para a execução da pena de multa é extirpada, a princípio, na medida em que o legislador infraconstitucional direciona que a execução deve ser operada pela Vara de Execução Penal. Todavia, resta ausente a previsão de legitimidade supletiva da Fazenda Pública, em divergência com a jurisprudência dominante. Vale ressaltar que, mesmo com essa lacuna, parte da doutrina entende que a Fazenda Pública permanece com a legitimidade supletiva, caso o Ministério Público não execute a multa.

Ainda, a manutenção da natureza da multa como sanção penal parece-nos a decisão mais acertada, tendo em vista ser originada de cometimento de um ilícito penal, afastando-se qualquer caráter civil, muito embora se utilize da Lei n. 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública e dá outras providências.

Todavia, tal natureza jurídica não afasta a possibilidade de rechaçar a cobrança deste multa como condicionante para a extinção da punibilidade, por ser uma medida desproporcional, que fortalece o estigma do cárcere, promovendo a manutenção da desigualdade social e o ciclo de manutenção do status quo de pobreza e marginalização.

Portanto, a alteração supramencionada é um das novidades alavancadas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Alerta-se, mesmo que o sentido da norma fosse aprimorar a reprimenda legal, à luz da realidade e dos anseios populares, não está isenta de críticas, que, sem sombras de dúvidas, irão surgir no aprofundamento dos debates ao longo do tempo.

## 6. Referências

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica do Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2001.
- BITENCOURT, César. **Falência da pena de prisão - causas e alternativas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- BITENCOURT, César Roberto. **Manual de Direito Penal - parte geral**. v. I. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal - parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- MASSON, Cleber. **Manual de Direito Penal - Volume I - Parte Geral**. São Paulo. Editora Gen Jurídico, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

## A SUBMISSÃO DO DIREITO COMERCIAL AO CAPITAL: UMA ANÁLISE DE PACHUKANIS AO NEOLIBERALISMO

### **EDGARD PAIVA DE CARVALHO JUNIOR:**

Formado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP), com Pós-graduação em Direito Processual pela PUC/MG, MBA em Gestão Empresarial pela FGV, Mestrando em Direito Comercial Pela PUC/SP. Foi sócio de uma das maiores bancas de advocacia do Brasil, chegando à função de Vice-Presidente. Responsável pelo Contencioso cível/empresarial, atendeu a grandes clientes nacionais e multinacionais.

**Resumo:** O presente artigo abordará de forma geral a visão de Pachukanis do direito para, então, fazer um paralelo com a perpetuação da submissão do fenômeno jurídico ao capital até os dias de hoje, amparados pela visão neoliberal vigente. Buscar-se-á utilizar o Direito Comercial como referência da relação intrínseca entre direito e mercado e uma crítica à prevalência de uma noção de igualdade meramente formal dos sujeitos de direito. A reflexão trazida não pretende esgotar o tema, tampouco aprofundar na visão marxista do direito. A intenção é demonstrar que o Estado continua legislando de modo a garantir que os interesses econômicos prevaleçam sobre a democracia e a justiça social, utilizando-se do direito como instrumento de garantir uma liberdade econômica que privilegia os interesses da classe dominante. Por fim, propõe-se a observância a um Estado Democrático de Direito, sob o ponto de vista constitucional, em que "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" sejam igualmente privilegiados.

**Palavras-chave:** Pachukanis. Direito. Mercadoria. Direito Comercial. Neoliberalismo. Igualdade formal. Liberdade econômica. Justiça social. Estado Democrático de Direito.

**Abstract:** This article will address in a general way Pachukanis' view of law in order to then draw a parallel with the perpetuation of the submission of the legal phenomenon to capital until today, supported by the neoliberal vision in force. The aim is to use Commercial Law as a reference of the intrinsic relationship between law and the market, and to criticize the prevalence of a notion of merely formal equality of the subjects of law. This reflection does not intend to exhaust the theme, nor to delve into the Marxist view of law. The intention is to demonstrate that the State continues to legislate in order to guarantee that economic interests prevail over democracy and social justice, using the law as an instrument to guarantee an economic freedom that privileges the interests of the dominant class. Finally, it proposes the observance of a Democratic State of Law, from the constitutional point of view, in which "the social values of labor and free enterprise" are equally privileged.

**Keywords:** Law. Commodity. Commercial law. Neoliberalism. Formal equality. Economic freedom. Social justice. Democratic rule of law.

**Sumário:** Introdução. 1. A visão de Pachukanis do direito. 2. O Direito Comercial. 3. As relações intrínsecas do direito e a economia. 4. O neoliberalismo. 5. Conclusão.

## **Introdução.**

O desafio é ousado ao se buscar um paralelo da visão de direito de Pachukanis que, em síntese, buscou demonstrar o indissociável vínculo entre a forma jurídica e a forma mercadoria, com a evolução do ramo do Direito Comercial até os dias de hoje.

Diferentes momentos históricos quando contrastados podem trazer, guardadas as suas particularidades contextuais, a visão cíclica a que o direito também está submetido, atento à prerrogativa de não fundar o presente estudo em questões meramente circunstanciais.

Em síntese, a teoria de Pachukanis define o direito como uma relação social específica, a relação de troca de mercadorias<sup>243</sup>. Em suas palavras,

O sujeito de direito é, em consequência, um proprietário abstrato e transposto para as nuvens. Sua vontade, em sentido jurídico, possui seu fundamento real no desejo de alienar na aquisição e de adquirir na alienação. Para que esse desejo se realize é necessário que os desejos dos proprietários de mercadorias concordem reciprocamente. Juridicamente esta relação exprime-se como contrato, ou como acordo entre vontades independentes. É por isso que o contrato é um conceito central no direito. Dito de maneira mais enfática: o contrato representa um elemento constitutivo da ideia de direito.

Importante destacar que aqui está a se tratar do fenômeno do capitalismo que envolve não somente a produção de mercadorias, mas também a venda da força de trabalho disponibilizada no mercado para ser comercializada como objeto de troca.

Na medida em que as trocas se desvinculam das relações familiares, políticas ou religiosas e passam a operar por uma lógica própria, o direito assume um papel fundamental como forma de regulação dessas relações.

---

<sup>243</sup> NAVES, Márcio Bilharinho (org.). O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis. Campinas: UNICAMP, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, 2009.

A visão que se busca trazer é que o direito não é uma estrutura neutra cujo conteúdo varia de acordo com as circunstâncias sociais, na verdade, o próprio direito é um produto histórico, mas que não apenas reflete as relações burguesas de produção, mas é a concretização disso, desde sua concepção.

A relação de causalidade entre capitalismo e direito é um tanto mais complexa do que parece à primeira vista: a produção capitalista não apenas, pura e simplesmente, "determina" o direito, mas ela o constrói como parte essencial de seu ser<sup>244</sup>.

E aqui, vale ressaltar que, não obstante Pachukanis ser quem mais se aprofundou na tese marxista sobre o direito e ser aqui utilizado como parâmetro metodológico, não se tem qualquer pretensão de se elaborar um estudo sobre o pensamento de Marx sobre o direito, mas uma tênue contextualização histórica do capitalismo e da forma jurídica e a perpetuação dessa relação de submissão até os dias de hoje.

Para que se fique ainda mais evidente o objetivo desse estudo, será feito um recorte para se analisar o direito especificamente sob a ótica do direito Comercial que, desde a origem, sempre disciplinou as atividades dos agentes econômicos responsáveis pela geração de riqueza, sejam eles os chamados mercadores, comerciantes ou, mais recentemente, empresários (FORGIONI, 2021).

Ao se aprofundar na evolução da teoria geral do direito ficou um grande incômodo que não se pretende ver solucionado, mas objeto de reflexão, qual seja, a atemporalidade da subserviência do fenômeno jurídico aos interesses do capital. E isso fica evidente ao se analisar o Direito Comercial durante toda sua evolução, crises de identidade, tentativas de autonomia, limitação etc.

Há que se observar que a intenção de se reduzir o direito a mera ferramenta para acumulação de riquezas das classes dominantes, crítica imanente no marxismo, é a intenção por detrás da atual política neoliberal. Para além das desigualdades que o direito perpetua ao se ter uma visão míope da realidade, impende destacar, ainda, que a política neoliberal visa "libertar a acumulação de todas as cadeias impostas pela democracia" (PRZEWORSKI<sup>28</sup> apud ARRUDA JÚNIOR, 1997).

A necessidade de assegurar a prevalência das decisões de mercado conduz a uma visão reducionista do Estado, de modo a desarticular qualquer forma de resistência às exigências do capital privado, inclusive no campo da democracia e dos direitos sociais.

---

244 PEREIRA, Mozart Silvano. Mercado, democracia e fetichismo jurídico. Disponível em: <https://www.nieparx.blog.br/MManteriores/MM2017/anais2017/MC29/mc293.pdf>

Diferentemente da crítica escancarada por Pachukanis em sua aprofundada leitura marxista sobre o direito, com o neoliberalismo, no entanto, essa submissão é ocultada por uma ideologia que se utiliza de mecanismos da formalidade do direito, da igualdade jurídica, da liberdade de contratar etc.

Essa conjuntura é a base de sustentação do capitalismo, pois, para que se garanta a livre circulação de mercadorias e a conseqüente acumulação de riqueza, os sujeitos de direito precisam ter uma autonomia reconhecida, a fim de que possam dispor de seus bens, negociá-los e contratar livremente, ainda que se esteja diante da venda de sua única mercadoria possível, a força de trabalho.

O Direito Comercial passa a ser, desde a sua concepção, um conjunto de regras que viabiliza e perpetua, sob a ótica formal, a submissão do direito ao capital, baseado numa ideologia que prega uma suposta igualdade de sujeitos de direito, independentemente se de um lado esteja o explorado e de outro esteja o explorador.

A relevância de se buscar o paralelo entre uma visão essencialmente marxista do direito e a visão neoliberal, é para que não se perca de vista que, não obstante diferentes marcos teóricos, o direito precisa ser avaliado sob o prisma de que, desde a sua gênese, a sua existência é premissa para a perpetuação da divisão de classes entre proprietários e não proprietários dos meios de produção.

As tentativas de se garantir uma maior autonomia ao Direito Comercial, com leis que supostamente privilegiam tão somente a “liberdade econômica”, por exemplo, nada mais é que uma releitura das bases a que o direito foi criado e subserviente desde os primórdios até os dias atuais.

## **1. A visão de Pachukanis do Direito.**

É preciso, de antemão, entender o porquê se buscou o referencial de Pachukanis para desenvolver o raciocínio proposto. Em sua tese, Pachukanis deixa absolutamente claro que o direito existe para legitimar as relações de troca existentes no capitalismo. Não há outra finalidade. Não é possível, ao se falar sobre a Revolução Socialista, por exemplo, transformar o direito em um “direito socialista”. A simbiose entre direito e capital não permite imaginar uma separação e/ou transformação capaz de conferir a autonomia do direito.

A Revolução Russa devia ter como norte, sob a ótica de Pachukanis, a extinção do direito e não a sua consolidação/perpetuação. A substituição da forma jurídica por si só não atingiria a finalidade esperada de se criar um direito proletário, pois, ainda que se



mude tecnicamente as normas, elas continuariam a serem influenciadas pelas condições da circulação mercantil<sup>245</sup>.

Essa relação do direito e o capital é tão forte que, para Pachukanis, ainda que se trate de uma revolução socialista como sendo uma nova forma econômica, ainda assim isso não levaria à mudança da natureza burguesa do direito, uma vez que a forma jurídica só se realiza nas relações comerciais capitalistas. Essas relações determinam o direito, mas, como o proletariado, ao tomar o poder da burguesia, recepiona todo o resquício da velha sociedade, recepiona também o seu direito e o seu Estado, e este mantém o caráter de classe original<sup>246</sup>.

A tarefa da transição socialista ao comunismo seria o aniquilamento dos vestígios capitalistas e extinguir o Estado e o direito burgueses<sup>247</sup>. Nessa linha de pensamento, ao se atingir os objetivos primordiais do regime socialista, tais como a extinção do poder do Estado; o fim das diferenças entre as classes; a superação das diferenças sociais do trabalho, especialmente superando a dicotomia entre o trabalho manual e o intelectual; a extinção da circulação, tudo isso significaria a extinção do próprio direito.

Como ensina Márcio Bilharino Naves, um dos maiores estudiosos de Pachukanis no Brasil,

O problema da relação entre o direito e o socialismo é o “centro nervoso” da teoria pachukaniana. Poderíamos mesmo dizer que é com base nela, isto é, no modo como Pachukanis apresenta essa questão e a resolve, que a sua análise da relação entre a forma jurídica e a forma mercantil se ilumina e ganha pleno significado – a um tempo teórico e político. De fato, se Pachukanis admitisse a possibilidade de um direito “socialista”, toda a sua construção lógica estaria comprometida. Se o socialismo implica a gradativa superação das formas mercantis, um direito que se qualificasse como “socialista” seria tanto uma impossibilidade teórica como um objeto a ser combatido politicamente<sup>248</sup>.

---

245 PASHUKANIS, E. B. A teoria geral do direito e o marxismo. Rio de Janeiro: Renovar, 1989. p. 25-26.

246 MAIA, Fernando Joaquim Ferreira. EUGENY PASUKANIS, A IMPOSSIBILIDADE DE UMA TEORIA MARXISTA DO DIREITO E A AFIRMAÇÃO DO CARÁTER BURGUEÊS DAS NOVAS INSTITUIÇÕES JURÍDICAS SOB O SOCIALISMO. Revista dos Tribunais | vol. 929/2013 | p. 161 - 191 | Mar / 2013.

247 NAVES, Márcio Bilharinho. Marxismo e direito: um estudo sobre Pashukanis. São Paulo: Boitempo, 2000. p. 95.

248 NAVES, Márcio Bilharino Naves. Op. cit., p. 87.

Como afirma MASCARO (2009), o direito pode estar mais contra ou mais ao lado dos trabalhadores, mais neoliberal ou mais de bem-estar social, mas o direito é a lógica de reprodução do capital. A questão de como se entender o direito se torna um problema de entender de que modo as características da reprodução capitalista fazem com que o direito seja necessário<sup>249</sup>.

Essa teoria de Pachukanis traz uma visão esclarecedora de que, sob o ponto de vista materialista, a essência do que se entende por direito não é humana, como defende o jusnaturalismo, tampouco provém da norma, como afirma o juspositivismo, mas provém das relações sociais estabelecidas entre os homens na produção da vida material.

Interessante que a obra de Pachukanis traz uma visão objetiva do direito, ao abordar as trocas mercantis, mas, especialmente, a venda da força de trabalho pelo salário. A partir disso, há o conceito de ideologia jurídica, ou seja, formas de distorções da realidade engendradas pelo capitalismo para, ocultando o real, possa se viabilizar a exploração do trabalho.

Assim, ao se buscar construir uma teoria geral do direito a partir das relações sociais, será possível desmascarar o que está por trás dessa fetichização do fenômeno jurídico,

Toda a ideologia perece com as relações sociais que a geraram. Porém, este desaparecimento definitivo é precedido por uma fase onde a ideologia perde, sob os golpes desferidos pela crítica, a capacidade de dissimular e velar as relações sociais das quais nasceu. O pôr a nu as raízes de uma ideologia é o sinal certo de que o seu fim se aproxima<sup>250</sup>.

É nesse ponto que se descortina todo esforço desse breve estudo, ao se buscar analisar, sob a ótica de Pachukanis, que a operacionalização do direito mediante a sofisticação de teorias privatistas e liberais, especialmente com o Direito Comercial, é uma forma utilizada para fortalecer uma ideologia que oculta a relação do homem enquanto mercadoria, que perpetua as desigualdades, fortalece o poder econômico da classe dominante e distancia a sociedade do verdadeiro significado de justiça e liberdade.

Pachukanis traz em sua obra uma interpretação factível e atual do direito. Por óbvio que a sua teoria não se esgota por si só, ao contrário, é uma extensão para as possibilidades que surgem ao se analisar a estreita relação do direito e do mercado e como essas duas

---

<sup>249</sup> PEREIRA, Mozart Silvano. Op. cit.p.3.

<sup>250</sup> PASHUKANIS, E. B. Op. cit. P.63.

figuras estão intrinsecamente estruturadas no horizonte mais geral da reprodução do capital até os dias atuais.

Pachukanis representou em seu tempo uma visão radical e crítica para construção de uma efetiva teoria geral do direito, capaz de fornecer elementos que permitem enxergar o direito sob o ponto de vista crítico-realista. Suas posições teóricas se chocaram frontalmente com o programa stalinista aplicado a partir de 1929 e que, em nome da denominada “implantação” do socialismo, consagrava nas sombras da noite o domínio de uma burguesia de estado.

Tanto no contexto histórico e político dos anos 30, como atualmente, a visão crítica de Pachukanis que descortina o enigma da forma do direito é fundamental para se aclarar as reais intenções do capitalismo e o uso do direito para atingimento de seus fins.

## **2. O Direito Comercial.**

O Direito Comercial é marcado por forte tradição liberal. A sua existência faz remição direta e quase que exclusivamente à necessidade de desenvolvimento das relações de mercado. A visão tradicionalista do Direito Comercial carrega consigo a ideia de que este deve ser o ambiente em que se busca garantir maior espaço à autonomia privada.

No entanto, esse estudo, não obstante contextualizará as razões as quais justificam o paralelo a ser desenvolvido, antecipa que, conforme afirma FORGIONI (2021), “*mais do que nunca, é preciso superar o viés excessivamente privatista do direito comercial*”.

Ainda que não seja o objetivo desse estudo o aprofundamento nas raízes históricas do Direito Comercial, importante remontar sua evolução para se demonstrar que esse ramo, assim como os demais, mas aqui em destaque dado seu foco de atuação, sempre esteve intrinsecamente ligado e voltado ao atendimento dos interesses do mercado, em sentido amplo.

O Direito Comercial passou por diversas fases em seu processo evolutivo, a começar pela fase subjetiva<sup>251</sup>, quando era voltado exclusivamente àqueles que faziam parte das corporações de artes e ofícios. Ato seguinte, na fase objetiva, o Direito Comercial seria aplicado àqueles que praticassem os chamados atos de comércio.

As pessoas que praticavam os atos de comércio eram chamadas comerciantes, nome comumente utilizado até os dias atuais para aqueles que exercem alguma atividade de cunho comercial.

---

251 ASCARELLI, Tullio. Origem do Direito Comercial. Revista de Direito Mercantil, São Paulo, n. 103, p. 87-100, jul/set. 1996.

Os atos de comércio eram definidos previamente pelo legislador, que optava ou por descrever as suas básicas características, conforme fez o Código Comercial português de 1833 e o Código Comercial espanhol de 1885, ou, por enumerar num rol de condutas típicas os atos que seriam considerados atos de comércio, tal como fez o Código Comercial brasileiro de 1850, tendo como exemplos a compra e venda mercantil, armação de navios, corretagem, atividade bancária e de seguro, dentre outras. Todo restante que não se classificava como atos de comércio seria tratado pelo direito civil.

Por fim, a fase objetiva foi superada pela fase subjetiva moderna<sup>252</sup>, em que o Direito Comercial seria aplicado àqueles que exercessem a atividade de empresa.

A relação do Direito Comercial e a economia é tão uníssona que já se disse que ambos *"se imbricam e se integram para formar um único campo de estudo"*<sup>253</sup>. No entanto, como afirma FORGIONI, uma forte corrente ligada à Escola de Chicago<sup>254</sup>, vai mais além, ao pregar que a economia é quem deveria determinar o fim último do direito, orientando a interpretação/aplicação de suas regras e formatando seus princípios<sup>255</sup>. O direito é visto como *"súdito submisso e dependente daquilo que a análise econômica oferece"*<sup>256</sup>.

Importante destacar, todavia, que nem sempre a visão exclusivamente submissa e econômica do direito reinou absoluta, pelo contrário, até mesmo na base doutrina liberal, foi possível enxergar uma defesa consistente de que não haveria contradição entre garantir o livre comércio e as iniciativas empresariais com a prática da justiça social e da valorização do trabalho.

### **3. As relações intrínsecas do direito e a economia.**

---

<sup>252</sup> REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 25 ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 14-15

<sup>253</sup> NUSDEO, Fabio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

<sup>254</sup> Paula Forgioni é crítica à ampliação dos conceitos defendidos pela Escola de Chicago e seus desdobramentos, visto que entende que a aplicação da técnica baseia-se essencialmente em prévia opção política.

<sup>255</sup> FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil 139 (2005).

<sup>256</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? In: AAVV. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005. P. 17.

Aqui já cabe dizer que, diferentemente do pensamento de Pachukanis, que deve ser analisado sob a ótica do momento histórico então vivido, a ideia que se busca a reflexão não é pela extinção do direito, tampouco do Estado.

Ao que tudo indica, atualmente parece não subsistir significativas divergências com relação à necessidade do Estado, tornando secundárias e meramente históricas as previsões acerca de seu inevitável desaparecimento.

De igual forma, não parece ser a extinção do direito a solução para os males advindos da submissão do fenômeno jurídico ao poder do capital. No entanto, as últimas décadas têm propiciado um relevante debate quanto às profundas divergências ideológicas no papel do Estado enquanto garantidor de direitos face às questões econômicas e sociais.

É importante destacar que, ao menos em sua gênese, o liberalismo clássico não se opunha à coexistência entre a livre iniciativa e a necessária observância à justiça social. Adam Smith, considerado o pai do liberalismo, embora tivesse dificuldade em explicar, na prática, como uma mão invisível seria garantidora de direitos sociais, preocupava-se "*com a questão dos salários, argumentando que nenhuma sociedade pode ser feliz se a maioria de seus membros é pobre e miserável*"<sup>257</sup>. No entanto, essa teoria foi sendo difundida sob o viés exclusivamente do auto interesse e a mão invisível foi sendo descontextualizada para sustentar um modelo puramente individualista e meramente econômico.

Essa visão fica ainda mais evidente ao se deparar com a teoria de Hayek, um dos principais pensadores neoliberais da atualidade. Essa teoria está baseada numa ideia de que, nas sociedades modernas, justiça social tem o mesmo significado que totalitarismo, motivo pelo qual seria uma força destrutiva na sociedade<sup>258</sup>.

Para Hayek, falar de justiça social é contrário à ideia de igualdade, sendo que a única justiça possível seria a do Estado formal de direito, ou seja, a garantia meramente formal de que todos são iguais perante a lei<sup>259</sup>.

---

257 CUEVA, Ricardo Villas Boas (org.). Lei da Liberdade Econômica e seus impactos no Direito brasileiro. 1 Ed. SThomson Reuters Brasil: São Paulo, 2020. In: FRAZÃO, Ana. *Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social*. P. 92-93

258 HAYEK, Friedrich. A. *Direito, Legislação e Liberdade*. Trad. Henry Maksoud. São Paulo: Visão, 1985.p. 90.

259 HAYEK, Op. Cit. P. 114.

Nessa visão, fica evidente que Hayek entende que o papel do direito se limita a ser um aspecto formal para se estruturar a economia, vez que, quanto mais o capitalismo evolui, mais necessário se faz ter leis que lhe dê a segurança necessária.

A ideologia neoliberal, que prega ainda a falsa dicotomia de um debate que parece estar superado, qual seja, capitalismo *versus* socialismo, o faz para ocultar a tentativa de se perpetuar, por meio do direito, a preservação de uma igualdade formal que privilegia somente a elite.

Nessa linha, COMPARATO (2001), é enfático ao dizer que, "*ou a humanidade deixa-se conduzir à dilaceração definitiva, na direta linha do apogeu capitalista, ou tomará afinal o rumo da justiça e da dignidade*"<sup>260</sup>.

A submissão do direito ao capital, de forma quase que atemporal, representa, ao fim e ao cabo, o privilégio a uma igualdade formal entre sujeitos de direito, ignorando as profundas divergências sociais, a luta de classes, a necessária justiça social e a preservação da democracia.

#### **4. O neoliberalismo.**

O modelo neoliberal pode ser visto como a base ideológica que tinha como finalidade orientar mudanças nas relações entre Estado e sociedade, especialmente após a crise econômica que se alastrou no mundo a partir dos anos setenta.

Considerado o precursor das ideias neoliberais, HAYEK (1990), em sua obra *O Caminho da servidão*, em reação teórica à ascensão do modelo de Estado social, questiona quaisquer limitações impostas ao mercado por parte do Estado.

A busca por um mercado livre, em que as interferências do Estado são rechaçadas por serem vistas como empecilho ao desenvolvimento econômico, está calcada na ideia de propiciar um ambiente em que o direito jamais poderia disciplinar a livre movimentação do capital ou a livre concorrência, seja nas relações comerciais, seja nas relações de compra e venda da força de trabalho.

Além da precarização do trabalho, da concentração de riqueza, a visão neoliberal também não demonstra apreço ao modelo democrático vigente no *Welfare State*, pois isso representa eliminar os caminhos para a "saturação" do Estado e para a "asfixia" da

---

<sup>260</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 457.



liberdade econômica, causadas por demandas de cunho social. Não há prioridade em preservar a democracia, mas tão somente importa resguardar as decisões de mercado.

Para que esse modelo garanta sua legitimidade, mais uma vez, a ferramenta jurídica é um eficaz meio de validação e perpetuação desse modelo. O direito deixa de ser um instrumento que, além de balizar o mercado, no mesmo nível, também deixa de garantir justiça social em nome de uma igualdade formal.

No entanto, é preciso destacar que, como afirma BERLIN (2002)

Oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento em sua liberdade<sup>261</sup>.

Nessa linha que iniciativas legislativas são trazidas para o bojo do direito, sob a visão de que se deve privilegiar o empreendedorismo, por exemplo, garantindo que haja liberdade econômica para que, somente assim, possa haver desenvolvimento.

Criam-se leis que visam ajustar o papel do Estado a mero cumpridor de índices e métricas internacionais de aferição do livre mercado, sem a preocupação de avaliar as peculiaridades de cada país e os interesses envolvidos nesses comparativos.

Outras iniciativas também são vistas, sob a justificativa da desburocratização, na verdadeira desregulamentação de direitos de trabalhadores, especialmente aqueles que, hipossuficientes, precisam do amparo do Estado para garantir condições dignas de vender sua força de trabalho.

Sob a justificativa de se privilegiar o crescimento econômico, desregulamentando as bases de um Estado que deveria ser garantidor também de justiça social, o que resta é o fortalecimento do Direito Penal como forma de coerção ao acirramento das relações sociais.

O direito continua sendo o reflexo inevitável da relação dos proprietários de mercadorias, tal como dizia Pachukanis. O capital mercantil permanece como condição prévia fundamental e determinante do direito, ou seja, a forma jurídica é gerada pela forma mercantil<sup>262</sup>.

---

261 BERLIN, Isaiah. Estudos sobre a Humanidade. Uma Antologia de Ensaios. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, P. 231.

262 NAVES, Márcio Bilharino Naves. Op. cit., p. 88.

O direito é a validação do modo de produção capitalista, tendo como fim último a acumulação do capital. As iniciativas de um Estado essencialmente neoliberal necessariamente será pela garantia desse modelo, ainda que isso represente desordem social.

É possível entender, com isso, de que forma a produção e a reprodução das relações sociais capitalistas moldam e fazem parte da constituição do direito moderno e, inversamente, como a (re)produção do capital depende fundamentalmente da existência do direito como um momento ineliminável.<sup>263</sup>

## 5. Conclusão

Importante ressaltar que a ideia não é fazer qualquer crítica à necessidade de se privilegiar o empreendedorismo e garantir meios para que todas as pessoas possam, de fato, terem igualdade de oportunidades para desenvolverem seus projetos.

Fundamental é partir do princípio de que, para se falar em livre iniciativa, de igual forma, é preciso, tal como fez a Constituição Federal do Brasil, garantir justiça social, pois apenas reconhecer igualdade formal é inócuo.

A relação entre Estado e mercado deve ser repensada, assim como o papel do direito como instrumento balizador dos limites e funções de cada um. Do contrário, continuar-se vendo ações arbitrárias do Estado que dificultam o desenvolvimento econômico, ao passo que o mercado continuará utilizando o poder econômico para romper barreiras e atingir seus objetivos a qualquer custo.

No campo do Direito Comercial, a Lei da Liberdade Econômica é um bom exemplo de iniciativa que, visando desburocratizar o ambiente de negócios no Brasil, trouxe medidas que visam, exclusivamente, o crescimento econômico, sem qualquer preocupação com um desenvolvimento mais sustentável das atividades comerciais e a redução da desigualdade latente.

Essa lei é um exemplo prático de aplicação da ideologia de que é aceitável que, para se ter mais empregos é preciso ter menos direitos, vez que tudo passa ser visto como custo de transação que precisa ser necessariamente eliminado como forma de destravar o crescimento econômico.

---

263 PEREIRA, Mozart Silvano. Mercado, democracia e fetichismo jurídico. Disponível em: <https://www.niepmarx.blog.br/MManteriores/MM2017/anais2017/MC29/mc293.pdf>. Acesso em 28.05.22.

O neoliberalismo como ideologia em ascensão impõe como objetivo a reformulação do Estado e da concepção do papel do direito a fim de validar essas movimentações.

Diferentemente de Pachukanis, reforça-se aqui que a intenção não é a defesa da extinção do direito, tampouco uma transição do capitalismo a qualquer outro regime. Esse discurso socialista só não está superado por aqueles que desconhecem a história ou que insistem em utilizá-la como forma de dominação ideológica vazia.

O Direito Comercial como ramo principal que viabiliza as trocas de mercadorias desde os primórdios até os dias atuais, deve se preocupar genuinamente com a liberdade na mesma medida em que se torna inclusivo, ou seja, possa ser aplicável a todos.

As iniciativas legislativas que, sob o pretexto de garantir a liberdade, foca exclusivamente em seu aspecto formal, nada mais faz do que utilizar o direito para garantir que a liberdade permaneça tão somente aos proprietários, antiga burguesia e atual elite, às custas do agravamento do abismo social existente entre ricos e pobres, sendo estes essencialmente aqueles que tem somente a sua força de trabalho como mercadoria.

O Estado Democrático de Direito deve oferecer a alternativa viável que garanta que Estado e mercado coexistam harmonicamente sem reducionismos de um em relação ao outro.

A liberdade econômica não pode ser privilégio para poucos e a igualdade ser meramente formal. Mais do que nunca, há que se compatibilizar a visão de um mercado forte e desenvolvimentista com princípios basilares que respeitem a função social da empresa, a proteção do trabalho, do meio ambiente etc.

## OPINIÃO PÚBLICA: SEUS SUJEITOS, SUA COR

### WAGNER VINICIUS DE OLIVEIRA:

Professor de direito da Universidade Federal do Tocantins - UFT, doutorando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, mestre em direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, ambos com bolsa de pesquisa pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas e Advogado (OAB/MG).

**Resumo:** esse artigo tem por objetivo questionar as características raciais dos sujeitos responsáveis pela formação da opinião pública brasileira. A problemática analisada consiste em investigar como o marcador racial interfere nas condições de possibilidade para construir espaços democráticos em termos de opinião pública. Justifica-se a realização desse esforço teórico inicial para compreender as dificuldades e as potencialidades de democratização dos espaços de construção de narrativas jornalísticas. Por meio da revisão sistemática de literatura argumenta-se a impossibilidade de exercer a função de democratizar outros espaços, sem antes democratizar a si próprio.

**Palavras-chaves:** Opinião pública. Jornais brasileiros. Jornalistas negros. Exclusão social.

### INTRODUÇÃO

Apesar de não constituir uma novidade propriamente dita o estudo sobre a opinião pública ainda está em fase inicial no Brasil. De modo particular, interessa destacar alguns resultados de uma pesquisa mais ampla que se encontra em desenvolvimento, tendo como recorte específico o marcador racial dos sujeitos responsáveis pela formação da opinião considerada pública. O argumento central a ser desenvolvido consiste em afirmar que é urgente democratizar (ou colorir) os espaços privilegiados de construção de narrativas jornalísticas.

Para tanto, impõe-se algumas delimitações. Ante a impossibilidade de desenvolver - com profundidade em curto espaço de tempo - o tema da opinião pública elege-se tratar apenas de um aspecto dos seus aspectos, qual seja: a "função democratizadora". Elege-se a revisão sistemática de literatura para selecionar o repertório de análise e os materiais utilizados. Exemplificam-se algumas dessas dificuldades nos três principais jornais brasileiros enquanto sujeitos formadores da opinião pública.

Em primeiro lugar, importa problematizar o suposto aspecto democratizante geralmente atribuído à opinião pública. Segundo, colocar em movimento a dificuldade de aplicação prática dessa atribuição de acordo com o elemento raça; para ilustrar esse quadro serão apresentados dados do estudo realizado em 2021 pelo Grupo de Estudos Multidisciplinar da Ação Afirmativa (GEMAA) do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ).<sup>264</sup>

Buscando ir além do mero diagnóstico sugere-se a necessidade de complementar as políticas afirmativas estatais de inserção de pessoas negras pela iniciativa privada. Vale ressaltar que não se trata da panaceia “capaz de curar todos os males”, mas de uma sugestão para que o jornalismo brasileiro possa refletir, no longo prazo, as “cores e valores”<sup>265</sup> que formam a sociedade brasileira.

## **1 A SUPOSTA FUNÇÃO DEMOCRATIZANTE DA OPINIÃO PÚBLICA**

Contrariando Pierre Bourdieu, que negava a existência da opinião pública, o primeiro passo desse artigo consiste em discutir uma das funções que geralmente é atribuída à opinião pública, qual seja: a suposta função democratizadora. Não se sabe ao certo quando e quem uniu o substantivo feminino opinião ao adjetivo pública; todavia, pelo menos no lado ocidental do mundo, a opinião pública aparece originariamente associada aos valores democráticos como visibilidade, publicidade ou conhecimento amplo de determinado fato da vida em sociedade.

Para Jürgen Habermas, responsável pela elaboração da teoria do agir comunicativo,<sup>266</sup> a ideia de opinião pública apoia-se na “esfera pública” segundo a qual sujeitos livres e iguais valendo-se do uso público da “razão” exercitam a democracia deliberativa. Antes, porém, deve-se questionar quem, quando e como participam desse intento democrático, sobretudo ao considerar aqueles poucos que proclamam determinados discursos e aquelas e aqueles muitos que são silenciados.<sup>267</sup>

Nesse sentido, vem a calhar a metáfora apresentada por Walter Lippmann de que o trabalho dos jornalistas, enquanto partícipes da opinião pública, é lançar luzes sobre

---

<sup>264</sup> Cf. GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DE AÇÃO AFIRMATIVA. *Jornalismo brasileiro: raça e gênero de quem escreve nos principais jornais do país*, 2021.

<sup>265</sup> Parafrazeando o disco homônimo lançado em 2014 pelo grupo de rap Racionais MC's gravado pelos selos Cosa Nostra e Boogie Naípe.

<sup>266</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system - a critique of functionalist reason*, 1987.

<sup>267</sup> Cf. NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. *La espiral del silencio: opinión pública - nuestra piel social*, 1995.

determinado aspecto da realidade social, por isso, reportagens são como “holofotes” que iluminam determinado ponto de vista, mas deixam na penumbra diversos outros.<sup>268</sup> Somados os argumentos do silenciamento e da seletividade sobra pouco espaço para atribuir a função democrática à opinião pública.

Certo, porém, que os estudos realizados ocorreram em tempo e lugares diversos, noutras palavras, não foram pensados para a realidade social e institucional brasileira. Todavia, não se pode “jogar a água do banho fora junto com a criança”. Se, por um lado, ainda não se pode atribuir a função democratizante à opinião pública brasileira; por outro, ela vem desempenhando uma importante missão para o enfrentamento dos desafios do tempo presente.

## **2 É POSSÍVEL DEMOCRATIZAR, SEM ANTES DEMOCRATIZAR A SI PRÓPRIO?**

Levando em consideração apenas o marcador de raça para explicar, em parte, as dificuldades de compreender a democracia enquanto *ethos* ou prática na experiência brasileira, percebe-se que não há como compreender adequadamente qualquer ideia de democracia enquanto parcela expressiva de negras e negros estiverem à margem de determinadas “esferas públicas”. Desse modo, cabe levar em consideração algumas contradições nessa tarefa.

Vale pontuar, em primeiro lugar, a centralidade estatal de políticas públicas de ação afirmativa que buscam por meio de decisões legislativas e judiciais inserir determinadas pessoas em “espaços públicos” que historicamente foram sonegados. Certo, porém, que essa trilha somente foi aberta por meio de várias lutas sociais, que antecederam essas conquistas e, seguramente, as ultrapassarão.

Seja pelo sistema de reserva de vagas para estudantes negros nas universidades federais (Lei n. 12.711/2012) ou nos concursos públicos para a administração pública federal (Lei n.12.990/2014), seja pela confirmação judicial por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental ADPF n. 186/DF e da ação declaratória de constitucionalidade ADC n. 41/DF.

Mesmo que esses espaços ainda sejam campos de disputas interpretativas,<sup>269</sup> cumpre destacar a (não) contribuição da iniciativa privada para a mudança desse cenário

---

<sup>268</sup> Cf. LIPPMANN, Walter. Public opinion, 2015.

<sup>269</sup> Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Raça humana: bastidores das cotas raciais na UnB*. Youtube, 2010; FERREIRA, Gianmarco Loures. *O Supremo Tribunal Federal e as ações afirmativas: cotas raciais para a educação superior*, 2016; LIMA, Ari. *A legitimação do intelectual negro no meio acadêmico brasileiro: negação de inferioridade, confronto ou assimilação intelectual?*, 2001.



social. Ao considerar o suposto papel democratizador da opinião pública cabe questionar sobre a presença de jornalistas negros nos principais jornais brasileiros.

De acordo com o estudo conduzido pelo GEMAA (2021), o espaço jornalístico da Região Sudeste do país reproduz a ordenação social ainda vigente na sociedade brasileira, isto é, os principais jornais são escritos majoritariamente por homens brancos. Noutras palavras, os jornais Globo, Folha de São Paulo e Estado de São Paulo reforçam o privilégio de enunciação do discurso escrito para um determinado “grupo social” hegemônico.

Nos seis primeiros meses de 2021, as pessoas brancas que assinam as matérias jornalísticas e os colunistas representam o percentual de 84% da amostra coletada. Esse dado é significativo para compreender a sub-representação de pessoas negras nesses espaços cuja importância teórica é acentuada, conforme visto na primeira seção desse artigo. Vale dizer, apenas 05% das notícias publicadas na Folha são assinadas por pessoas negras, 03% no Globo e 01% no Estadão.

Por outro lado, homens brancos compõem 56% da redação do Estadão, 52% da Folha e 50% do Globo. O estudo revela ainda que essas disparidades também estão presentes em outros marcadores (gênero e etário). Esse diagnóstico é suficiente para abalar a crença no papel democratizante da opinião pública e também para compreender como funciona a “calibragem” dos holofotes jornalísticos brasileiros dentro dos recortes propostos.

## CONCLUSÃO

Esse artigo reuniu algumas reflexões iniciais sobre a opinião pública brasileira, destacou as dificuldades de se atribuir a “função democratizadora” a determinados sujeitos da opinião pública. Ao final, restou confirmada a hipótese de impossibilidade de exercício dessa função sem antes democratizar a si próprio.

Como tentativa de superação desse quadro fático sugere-se a implementação de ações afirmativas, enquanto responsabilidade de todos. Assim, releva-se potencialmente adequado a utilização de mecanismos de inserção de pessoas negras nesses espaços privados com finalidades públicas. Tal qual no primeiro setor (Estado), a inserção desse público revela-se o primeiro passo numa longa caminhada.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Raça humana*: bastidores das cotas raciais na UnB. Youtube, 2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fCcyxahMDBk> Acesso em: 19 maio de 2022.

FERREIRA, Gianmarco Loures. O Supremo Tribunal Federal e as ações afirmativas: cotas raciais para a educação superior. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 02, n. 03, 2016, p. 633-662.

GRUPO DE ESTUDOS MULTIDISCIPLINARES DE AÇÃO AFIRMATIVA. *Jornalismo brasileiro: raça e gênero de quem escreve nos principais jornais do país*. Rio de Janeiro, 09 dez. 2021. Disponível em: <https://gema.iesp.uerj.br/infografico/jornalismo-brasileiro-raca-e-genero-de-quem-escreve-nos-principais-jornais-do-pais/> Acesso em: 19 maio de 2022.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: lifeworld and system - a critique of functionalist reason*. Translated by Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987, vol. 2.

LIMA, Ari. A legitimação do intelectual negro no meio acadêmico brasileiro: negação de inferioridade, confronto ou assimilação intelectual?. *Afro-Ásia*, Salvador, n. 25-26, 2001, p. 281-312.

LIPPMANN, Walter. *Public opinion*. New York: Start Publishing LLC, 2015.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. *La espiral del silencio: opinión pública - nuestra piel social*. Traducción de Javier Ruíz Calderón. Barcelona: Paidós, 1995.

## EUTANÁSIA: DIREITO À VIDA OU À LIBERDADE INDIVIDUAL?

**BEATRIZ POPE DE SOUZA:** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem.

VALESKA FIGUEIREDO FRANÇA<sup>270</sup>

(coautora)

**RESUMO:** O presente estudo visa fazer uma análise do conceito de eutanásia e sua relevância para o meio jurídico atual, buscando compreender o significado, as formas que podem ocorrer e suas variações. Foi realizado um estudo sobre os conceitos jurídicos e princípios constitucionais fundamentais, em especial, da dignidade da pessoa humana e da liberdade individual. Para a realização deste trabalho foi realizada pesquisa ampla em todos os meios disponíveis, pesquisa doutrinária, jurisprudencial e da legislação vigente atual que tivessem relação com o tema. Foram trazidas ponderações a respeito das visões divergentes sobre o tema. Ao final, foi realizada uma análise sobre a legalização da eutanásia em nosso ordenamento jurídico. No presente artigo foi buscado informações bibliográficas com a finalidade de esclarecer o conceito da eutanásia para os leitores, suas modalidades, e a relação com o direito à vida, a liberdade individual e dignidade da pessoa humana, princípios constitucionais vigentes em nossa legislação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Eutanásia; Liberdade Individual; Direito a vida; Dignidade da pessoa humana; Homicídio.

**ABSTRACT:** The present study aims to make an analysis of the concept of euthanasia and its relevance to the current legal environment, seeking to understand the meaning, the forms that can occur and its variations. A study was carried out on the fundamental legal concepts and constitutional principles, in particular the dignity of the human person and individual freedom. In order to carry out this work, a wide-ranging research was carried out in all available media, doctrinal, jurisprudential and current legislation that had a relationship with the theme. Considerations were brought about the divergent views on the subject, at the end an analysis was carried out on the legalization of euthanasia in our legal order. In this article, bibliographic information was sought with the purpose of clarifying the conception of euthanasia for readers, its modalities, and the relationship with the right to life, the individual freedom and dignity of the human person, constitutional principles in force in our legislation.

**KEYWORDS:** Euthanasia; Individual freedom; Right to live; Dignity of human person; Murder.

**SUMÁRIO:** 1) Considerações iniciais. 2) Definição da Eutanásia. 2.1) Eutanásia passiva e ativa. 3) Ortotanásia, Suicídio Assistido e Distanásia. 3.1) Ortotanásia. 3.2) Suicídio Assistido. 3.3) Distanásia. 4) Legislação no Brasil. 4.1) Direito à vida e a liberdade individual. 5) Argumentos contra e pró a Eutanásia. 6) Considerações finais. 7) Referências bibliográficas.

<sup>270</sup> Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA Contagem. E-mail: valeskacfc@gmail.com

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A eutanásia no Brasil não é assunto recente, contudo, segue sendo um tabu em nossa sociedade, por vezes, por tratar-se de prática não aceita, em vista de dogmas religiosos e por envolver a morte de alguém, mesmo que esteja em demasiado sofrimento. Conquanto não haja uma tipificação da eutanásia em nosso ordenamento jurídico, ela é considerada uma modalidade de homicídio, podendo, também, ser tipificada como auxílio ao suicídio, quando o paciente solicita a ajuda para morrer.

Por vezes, o problema fica nas mãos do médico que trata o paciente em estado terminal ou com extremas debilitados, não podendo colocar, entretanto, a eutanásia como uma alternativa para cessar o sofrimento do enfermo, mesmo que a prática seja, de fato, o melhor tratamento a se dar ao paciente e a todos os envolvidos, haja vista que o sofrimento, por vezes se estende aos familiares, que também sofrem vendo um ente querido debilitado e sem perspectiva de uma vida digna.

Para entendermos a eutanásia, se faz necessário alguns questionamentos prévios, como: o que seria uma boa vida ou a que ponto a vida deixou de ser boa? Quem deve decidir isso? Devemos seguir as leis do Estado e/ou da religião? São pensamentos simples, que irão ajudar para não sermos apáticos e possamos compreender o próximo, entendendo os reais motivos a que levam algumas pessoas a cessar a própria vida, recorrendo à eutanásia.

Em resumo, podemos definir a eutanásia como uma forma do indivíduo cessar a sua própria vida com a ajuda de um terceiro, podendo este ser um profissional da saúde, por motivos de doenças incuráveis ou dores que só decorrem do sofrimento da qual não tem cura, ou que vivem em estado vegetativo. Essa opção de morrer (Eutanásia) não é aceita em todos os países, principalmente no Brasil, podendo a conduta ser enquadrada em um tipo penal do nosso ordenamento jurídico. Iremos tratar destes assuntos no decorrer do artigo.

Como dito anteriormente, a eutanásia é um assunto complexo e que traz muitas controvérsias em seus debates, envolvendo a moral, a religião, a ética. Destarte, a seguir abordaremos esses assuntos dando ênfase ao direito à vida, a dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

## 2. DEFINIÇÃO DA EUTANÁSIA

A eutanásia é uma prática antiga, utilizada para acabar com o sofrimento contínuo de pessoas com doenças incuráveis ou em estado terminal, sem perspectiva de melhora. Por mais que a morte faz parte da nossa vida, a maioria das pessoas não estão preparadas psicologicamente para tratar deste assunto. A Eutanásia mesmo não sendo um assunto recente, é ainda um tabu em nossa sociedade.

A eutanásia, ao longo da história, vem criando acirrados debates e discussões acerca de seu entendimento, se ela se relaciona ao direito à vida ou à liberdade de se ter uma morte digna.

Os autores Sá e Naves<sup>271</sup> esclarecem o termo e a origem da eutanásia, conforme o trecho seguinte:

“O termo eutanásia foi criado no século XVII pelo filósofo inglês Francis Bacon. Deriva do grego eu (boa) e thanatos (morte), podendo ser traduzido como “boa morte”, “morte apropriada”, morte piedosa, morte benéfica, fácil, crime caritativo, ou, simplesmente, direito de matar.”

Conforme Silva<sup>272</sup>, o filósofo inglês, Francis Bacon, em sua obra *História vitae et mortis*, trata a Eutanásia como um tratamento mais adequado para as doenças incuráveis. Deste modo, a eutanásia é uma das formas em que o indivíduo escolhe cessar a sua própria vida, seja por uma doença incurável, ou por um sofrimento constante, ou que esteja em estado terminal.

Os autores Sá e Naves<sup>273</sup> são os mais citados neste artigo, eles sucedem muito conhecimento. Assim, conceituam a Eutanásia:

“Nos dias atuais, a nomenclatura eutanásia vem sendo utilizada como a ação médica que tem por finalidade abreviar a vida de pessoas. É a morte de pessoa – que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela. [...]”

Deste modo a eutanásia é considerada uma forma de tratamento para que essas pessoas tenham uma morte digna, mais humanizada, com menos sofrimento, devendo lhe ser assegurado, principalmente, o direito à liberdade e dignidade. Destarte, a eutanásia é a conduta pela qual se proporciona uma morte rápida e sem dores a um paciente que esteja em estado terminal ou a um portador de uma enfermidade incurável que esteja em sofrimento.

Por outro lado, é considerado pelo ordenamento jurídico, um ato que deve ser repudiado, haja vista que se entende como sendo um homicídio ou auxílio ao suicídio.

Asúa<sup>274</sup>, um celebre professor espanhol, define a eutanásia como a “morte que alguém proporciona a uma pessoa que padece de uma enfermidade incurável ou muito penoso, e a que tende a extinguir a agonia demasiado cruel ou prolongada”.

---

271 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Toquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

272 SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000.

273 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Toquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

274 ASÚA, Luis Jiménez de. Liberdade de Amar e direito a Morrer. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

Apesar de alguns países já permitirem esta prática e de alguns doutrinadores entenderem que a eutanásia é um ato de ajudar o indivíduo a ter uma morte digna sem sofrimento, a legislação brasileira ainda não reconhece este ato, sendo a eutanásia considerada um ato ilícito.

Larissa Milanezi<sup>275</sup> afirma que os países que permitem a prática da eutanásia devem seguir alguns critérios, sendo eles: por meio de injeções letais, remédios e/ou desligamento de aparelho, desta forma, a morte se torna rápida e indolor. Assim, existem também, critérios que devem ser observados, quais sejam: ser a pessoa seja maior de idade; e, em caso de menor de idade, tem que ter o consentimento dos pais e que haja um forte argumento a favor da prática, sendo avaliado por um psicólogo e médicos da área; e ambos os casos o indivíduo tem que assinar um consentimento esclarecido.

Portanto, tem-se que a eutanásia, propriamente dita, é um ato de verdadeira compaixão por um paciente que não suporta mais viver ligado em aparelhos, convivendo diariamente com uma doença que não tem perspectiva de melhora e sem novos estímulos.

A eutanásia pode ser diferenciada em dois tipos distintos: a eutanásia passiva ou ortotanásia, e a eutanásia ativa, que serão mais bem trabalhadas no tópico seguinte.

## **2.1 EUTANÁSIA PASSIVA E ATIVA.**

Como exposto acima, a eutanásia pode ser classificada como ativa ou passiva. A eutanásia passiva é quando o paciente utiliza determinados recursos para se manter vivo, e após decidirem retirar ou desligar esses recursos a pessoa vem a óbito. Assim, a eutanásia passiva ocorre por meio da omissão, ou seja, não há a utilização de métodos que possam prolongar a vida do paciente, permitindo que este possa morrer em paz. Nesse caso não há a intenção direta de provocar a morte, mas de forma indireta o falecimento acaba por ser uma consequência.

Já a eutanásia ativa, ocorre de forma diversa, tratando-se de procedimento que há a participação de um terceiro que provoca de forma intencional a morte do paciente por meios da aplicação de drogas letais ou mesmo o desligamento de aparelhos.

Moraes<sup>276</sup> disserta sobre as modalidades ativas e passivas:

“Enquanto a primeira configura o direito subjetivo de exigir de terceiros, inclusive do próprio Estado, a provocação de morte, para atenuar sofrimento (morte doce ou homicídio por piedade), a segunda é o direito de opor-se ao prolongamento artificial da própria vida, por meio de

---

<sup>275</sup> MILANEZI, Larissa. Eutanásia: o que é? Politize. Não paginado.

<sup>276</sup> MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, 2924 p.



artifícios médicos, seja em caso de doenças incuráveis e terríveis, seja em caso de acidentes gravíssimos (o chamado direito à morte digna).”

Os autores Sá e Naves<sup>277</sup> citam que a eutanásia ativa se divide em direta e indireta. A eutanásia ativa direta é caracterizada por encurtar propositalmente a vida do paciente, já a eutanásia ativa indireta é caracterizada por aliviar o sofrimento, e abreviar o curso vital, como exemplo dito pelos autores “a aplicação de morfina prejudica a função respiratória e em altas doses pode acelerar a morte”.

Importante ressaltar, que no Brasil o procedimento da eutanásia não é permitido, apesar de já ter existido um projeto de lei que tentasse legalizar a conduta. Chegou a existir um projeto de lei nº 125 de 1996 elaborado pelo Senador Gilvam Borges, que, de acordo com a sua ementa, pretendia autorizar a prática da morte sem dor nos casos especificados em lei. No entanto, o projeto acabou por ser arquivado.

Hoje esse método é crime, e é tratado pelo Código Penal, na maioria dos casos como homicídio privilegiado, podendo se encaixar também em outros tipos penais, a depender da circunstância, como, por exemplo, auxílio ao suicídio, como já exposto.

### **3. ORTOTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E DISTANÁSIA**

#### **3.1 Ortotanásia**

É importante ressaltar a diferença entre a eutanásia passiva com a ortotanásia. Menezes, Selli, Alves<sup>278</sup> elucida a eutanásia como já explicado, a moléstia não é fatal ou pelo menos não chegou à reta final da vida, já a ortotanásia a responsável de base pela morte é a doença. No caso da ortotanásia, não existe a intenção de causar a morte e sim um curso natural de um quadro irreversível, que se fosse o caso, com a intervenção médica, sua morte só seria adiada.

No fundamento de Roxana Borges:<sup>279</sup>

“Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta: orto: certo, thanatos: morte. Significa o não prolongamento artificial do processo de morte, além do que seria o processo natural. A ortotanásia deve ser praticada pelo médico. [...] Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado

---

<sup>277</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Toquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

<sup>278</sup> MENEZES, Milene Barcellos.; SELLI, Lucilda.; ALVES, Joseane de Souza. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. Rev. Latinoam. Enferm., v.17, n.4, p.443-8, 2009.

<sup>279</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, Eutanásia, ortotanásia e distanásia: visão jurídica, 03 p. Net. Rio de Janeiro.

se desenvolva no seu curso natural. Apenas o médico pode realizar a ortotanásia. Entende-se que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte do paciente, por meios artificiais, sem que este tenha requerido que o médico assim agisse. Além disso, o médico não é obrigado a prolongar a vida do paciente contra a vontade deste [...] De outro lado, admite-se, amplamente, que, diante de dores intensas sofridas pelo paciente terminal, consideradas por este como intoleráveis e inúteis, o médico deve agir para amenizá-las, mesmo que a consequência venha a ser, indiretamente, a morte do paciente.”

Ressalta-se que, a ortotanásia, trata-se de uma verdadeira morte natural, nenhuma atitude é tomada pelos médicos para prolongar o sofrimento ou retardar a morte, desde que essa seja a vontade do enfermo ou do seu representante legal.

### **3.2 Suicídio assistido**

O suicídio assistido é semelhante à eutanásia, em ambos as pessoas enfrentam por alguma doença incurável, ou em estado terminal ou doloroso e outros. Porém, nesses casos do suicídio assistido, o próprio indivíduo que retira a sua vida. Podemos afirmar que a diferença da eutanásia com o suicídio assistido é quem irá, de fato, realizar o procedimento, ou seja, enquanto na eutanásia é realizada por uma terceira pessoa, que no caso são as equipes medicas, no suicídio assistido é realizado pelo próprio paciente e a equipe medica se responsabiliza apenas pela dosagem do medicamento que irá causar a morte.

## **4. LEGISLAÇÃO NO BRASIL**

No ordenamento jurídico brasileiro vigente, atualmente, não há uma tipificação específica à eutanásia. Contudo, a prática não é considerada lícita, podendo ser enquadrada como crime de homicídio, na sua forma privilegiada, prevista no art. 121, §1º, do Código Penal<sup>280</sup>, que estabelece que o crime de homicídio terá a pena diminuída de 1/6 a 1/3, nos casos em que o agente cometer o crime “impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

No caso, o privilégio resta caracterizado em vista do agente agir por relevante valor social ou moral, visando cessar o sofrimento daquele que padece com alguma doença incurável.

Além de poder ser considerado como homicídio privilegiado, a eutanásia poderá ser considerada, ainda, auxílio ao suicídio, quando o paciente pede para que outrem lhe auxilie a cessar o sofrimento o qual padece, podendo enquadrar-se nas penas previstas no artigo 122 do

<sup>280</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez 1940.

Código Penal. Entretanto, quando o agente, por si só, decide praticar a eutanásia em outrem, a tipificação recaíra sob as penas do §1º do art. 121 do Código Penal<sup>281</sup>.

Ocorre que a eutanásia irá ser praticada quando o paciente estiver em demasiado sofrimento, passando por grande agonia, sem quaisquer perspectivas de melhora ou progressão de seu estado de saúde, sendo relevante considerarmos que àquele que padece de sofrimento, quando devidamente comprovado que a melhora não será alcançada e demonstrada que a eutanásia é uma saída mais eficaz, visando manter a dignidade no final da vida do indivíduo, não deveria ser repudiada, como o é.

Conforme Cardoso<sup>282</sup>:

“O tema Eutanásia nos leva a um estudo do Direito Constitucional, deparando com temas de alta complexidade, como o direito à vida, à liberdade de escolha e a uma morte digna, em função de muitas controvérsias de ordem ética, política, jurídica, social e principalmente religiosa.”

Desse modo, ressalta-se que a antecipação da morte de uma pessoa que opta por tal solução, pode ser entendida como a solução mais acertada e cabível. Porém, se forem levados em consideração os aspectos jurídicos (e quase sempre religiosos), tal procedimento é uma violação do direito é totalmente inaceitável.

#### **4.1 Direito à vida e a Liberdade individual:**

A vida é um dos direitos fundamentais garantidos, consagrado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>283</sup>, em conformidade:

“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 [...]”

Desta forma, compreendemos que o direito à vida é considerado um dos bens jurídicos mais relevantes, em vista de seu alcance, devendo ser considerado, contudo, que o direito à vida não deve ser aplicado isoladamente. Ademais, trata-se de direito fundamental, como todos os outros, que pode ser relativizado, como, por exemplo, no caso de legítima defesa, em que é

<sup>281</sup>BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez 1940.

<sup>282</sup>CARDOSO, Daniele Regina. Eutanásia: o confronto entre o direito à vida e a liberdade de escolha por uma morte digna. 2018.

<sup>283</sup>BRASIL. Constituição de 1988, de 10 de maio de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 de maio de 1988.

permitido que o direito à vida não prevaleça, para a defesa da própria integridade física ou de outrem.

Nesse sentido, os direitos supracitados não são bens absolutos, mas inatingíveis, nos quais a autonomia da vontade e a dignidade estão inter-relacionadas.

A vida é um direito supremo e inviolável, em conformidade com o Oliveira e Japaulo<sup>284</sup> “Em contraposto à vida existe a morte, e essa de acordo com o nosso ordenamento jurídico não poderá ser antecipada, configurando-se como um ato ilícito e inconstitucional”.

Através da análise do direito à vida, é necessário examinar o princípio da dignidade da pessoa humana frente à eutanásia, pois este princípio sustenta o direito dos indivíduos de escolherem livremente a uma morte digna. No que respeita ao princípio da dignidade da pessoa humana, o artigo 1º, inciso III, da Constituição da República<sup>285</sup>, eleva-o à condição de Estado Democrático de Direito:

“Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Direito Federal, constitui-se em Estado democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.”

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, e se manifesta de maneira única na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, acompanhada de uma exigência de respeito ao próximo, que constitui o mínimo indestrutível de todo ser jurídico, devendo ser observado por todo o ordenamento jurídico brasileiro, em vista de tratar-se de princípio constitucionalmente expresso.

Portanto, as restrições ao exercício dos direitos fundamentais só podem ser feitas em casos excepcionais, sempre devendo ser analisado o caso concreto, observando-se as condições de cada indivíduo e suas necessidades individuais.

Trata-se, assim, de direito constitucional protetor e, por outro, como uma obrigação de tratar igualmente os próprios semelhantes, ou seja, cada sujeito tem a obrigação de respeitar a dignidade do próximo, em vista, ressalta-se, de estar previsto na Constituição da República, que orienta todo o ordenamento jurídico vigente, devendo ser estritamente respeitado, sob pena de inconstitucionalidade.

O ser humano deve ter sua integridade respeitada, bem como respeitar a integridade de todos àqueles membros da sociedade, não podendo assumir condutas ilícitas, prejudiciais à

---

<sup>284</sup> OLIVEIRA, Lilian Carla; JAPAULO Maria Paula, Eutanásia e o direito à vida. Migalhas.com.br, 13 de outubro de 2005. Não paginado.

<sup>285</sup> BRASIL. Constituição de 1988, de 10 de maio de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 de maio de 1988.

coletividade, dando a cada um o que lhe é devido, tratando-se também de conduta que deve ser seguida pelo Estado que deve garantir uma justa e apropriada a todos os indivíduos.

Parece que o princípio da dignidade da pessoa humana é à base do nosso ordenamento jurídico e deve ser aplicado em primeiro lugar. Como todos sabem, a dignidade humana é alcançada mantendo as condições mínimas de sua existência. A questão, porém, é: quais são esse mínimo para um paciente em estado irreversível? É garantido o uso de tratamento curativo ou preventivo, ou apenas garante sua sobrevivência por meio de recursos.

## 5. ARGUMENTOS PRÓ E CONTRA A EUTANÁSIA

A criminalização da eutanásia pode ser justificada, conforme o princípio constitucional à vida, o qual deve ser rigorosamente observado e não pode ser flexibilizado para essa prática. Observa-se que parte da justificativa pode decorrer, ainda, de uma concepção religiosa, mesmo que nosso Estado seja laico, por vezes, dogmas religiosos podem ser observados para a justificativa de ser contra a determinada prática, entretanto, deve sempre ser asseverado que estes dogmas religiosos não podem ser aceitos para justificar a criminalização de qualquer conduta em nossa sociedade.

Pontua-se que todo o nosso ordenamento jurídico está conectado e subordinado à Constituição da República, não sendo possível que haja a positivação de direitos, normas, ou regras, que desrespeitem princípios consagrados na Carta Magna, podendo ser usado, nesse sentido, como meio de justificar a criminalização da eutanásia, fundamentado com base no respeito ao direito à vida.

Contudo, é importante salientar que nenhum direito fundamental é absoluto, devendo o direito à vida ser relativizado, em vista dos princípios à dignidade da pessoa humana e direito à liberdade, também princípios constitucionalmente previstos, utilizados para fundamentar argumentos pró eutanásia.

Nesse diapasão, o princípio da dignidade da pessoa humana se encontra no artigo 1º, inciso III, sendo parte de um dos demais princípios fundamentais que estão dispostos no texto da lei, para o jurista Ingo Wolfgang Sarlet<sup>286</sup>, o princípio supramencionado significa:

“[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos

---

286 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Destarte, trata-se de princípio de alcance amplo, que atinge toda a coletividade, não importando, cor, raça, status social ou qualquer outra característica que possa diferenciar um ser humano do outro.

A dignidade deve ser compreendida como uma forma de expressão da própria autonomia, devendo haver espaço para o fundamento de que cada ser humano possa escolher o que é melhor para si, logo, é totalmente capaz de decidir pelo momento da sua morte, e quando está deverá ou não acontecer, correlacionando-se, assim, com a liberdade de cada indivíduo de fazer as próprias escolhas.

O fato de não haver previsão específica do crime de eutanásia no Código Penal, mas ainda assim a conduta ser considerada um crime através de uma construção doutrinária, e pela analogia de alguns dispositivos, é uma clara indicação de controle governamental da situação.

O Estado deve se preocupar em garantir a autonomia de vontade do indivíduo, sendo que em nenhum momento haverá o aval para que cada um tome a decisão que bem entender na sua vida privada, se essa decisão esbarrar em demais interesses estatais e em como tal atitude será vista socialmente.

Logo, há neste ponto uma divisão de interesses, sendo que de um lado figura o particular com a sua liberdade de expressão, sua autonomia, dignidade e demais garantias constitucionalmente previstas, e de outro, os interesses estatais em manter uma visão tradicional;

Por óbvio, deve ser pontuado que não se busca, através desse trabalho, defender de forma deliberada a morte de qualquer indivíduo enfermo, devendo ser observado critérios técnicos e severos para que a prática da eutanásia possa ser autorizada, visando sempre garantir o melhor para cada indivíduo.

Considerar o procedimento como um crime é um erro, haja vista ser dever do Estado garantir a todos uma vida digna, devendo ser observado que a dignidade, em muitos casos, para muitos, é perdida quando se arrasta em uma vida de prolongado sofrimento, tratando-se a dignidade algo devido à cada ser humano e que precisa ser rigorosamente observado.

Ressalta-se que a dignidade é inerente a todos, além de ser o fundamento da liberdade, da justiça, e da paz no mundo, portanto uma vez que essa dignidade não é respeitada, também não se está respeitando a liberdade individual de cada pessoa.

É digno garantir a autonomia e a liberdade individual de cada indivíduo, não restando quaisquer dúvidas que ambos devem ser rigorosamente observados quando impostos tratamentos a pessoas com doenças incuráveis, que apenas têm o sofrimento prolongando, ou que se tenha estágio alarmantes em que não se possa, sequer, ter uma perspectiva de cura ou melhora.



Não cabe ao Estado promover uma responsabilização de uma conduta para que não haja, aos olhos da sociedade, uma repercussão negativa, ou que não garanta que as pessoas possam fazer as próprias escolhas de como será conduzida a própria vida.

Contudo, não há como respeitar a autonomia e o consentimento do paciente, sem realizar uma interpretação diferente dos princípios previstos em nossa Constituição da República de 1988, e também dos direitos e garantias fundamentais.

Forçar um paciente a seguir na mesma situação, apenas aguardando o momento da morte, é o mesmo que aprisionar a autonomia de vontade dessa pessoa é o mesmo que contrariar as suas liberdades individuais, forçando-a a ter uma morte que não é nem um pouco digna. Nessa esteira de raciocínio, segue o artigo primeiro e segundo da Declaração:

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de tudo que foi exposto, foi realizada uma análise do conceito da eutanásia, suas variações e como tal procedimento é visto em nosso ordenamento jurídico atual. Defende-se que a eutanásia, em casos específicos, é a melhor opção para se garantir uma morte digna, cessando um sofrimento de que poderá se estender por anos.

Em que pese tratar-se ainda de um tabu em nossa sociedade, em vista de ser visto, ainda, como um atentado contra a vida, mesmo que de pessoas que estejam passando por prolongando sofrimento e sem perspectiva de uma vida digna, dependentes de tratamentos, remédios e de outras pessoas e até máquinas, para a manutenção da vida.

Com isso, tem-se que a dignidade, a liberdade, e a autonomia andam sempre em conjunto, não podendo uma pessoa em seu momento de dor e sofrimento extremo ter que optar pela decisão do médico, sem poder ter voz, sem poder fazer o que realmente quer, e sem morrer com dignidade.

Tirar a opção de escolha do paciente enfermo em poder escolher pela morte ou não, é o mesmo que aniquilar toda a sua essência como ser humano, acabando com a sua dignidade e o colocando em uma posição desconfortável.

Por esse motivo, o presente trabalho defendeu que a eutanásia precisa ser legalizada, com normas específicas que possam regularizar a conduta da melhor maneira possível, e para que isso aconteça o debate, e a visibilidade sobre o assunto deve ser constante.

Limitar a escolha do indivíduo, fazendo que tenha um sofrimento prolongado e sem ser observada a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental é de extrema importância em nosso ordenamento jurídico atual, é atentar contra princípios básicos, questões básicas de humanidade, haja vista que por vezes o prolongar de uma vida, sem dignidade, sem perspectivas de melhora, é banalizar a vida do ser humano, causando-lhe sofrimento desnecessário, assim como para todos a sua volta, o que não deve ser permitido em nossa sociedade.

## **7. REFERÊNCIAS**

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, Eutanásia, ortotanásia e distanásia: visão jurídica, 03 p. Net. Rio de Janeiro. Disponível em: [portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/...eutanasia/.../upload](http://portal.cjf.jus.br/cjf/banco-de-conteudos-1/...eutanasia/.../upload). Acesso em 05 de outubro de 2011.

BRASIL. Constituição de 1988, de 10 de maio de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 10 de maio de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, p. 23911, 31 dez 1940.

CARDOSO, Daniele Regina. Eutanásia: o confronto entre o direito à vida e a liberdade de escolha por uma morte digna. 2018. Disponível em: <https://danielecardoso93.jusbrasil.com.br/artigos/514881851/eutanasia-o-confronto-entre-o-direito-a-vida-e-a-liberdade-de-escolha-por-uma-morte-digna#:~:text=A%20eutana%C3%A1sia%20%C3%A9%20entendi%20como%20uma%20esp%C3%A9cie%20de%20homic%C3%ADdio%2C%20devido,Brasileira%20%C3%A9%20inviol%C3%A1vel%20e%20indispon%C3%ADvel>. Acesso em: 08 abr. 2022.

CRISTIANO, Antonio. Eutanásia e suicídio assistido: escolhas feitas com o fim da esperança. Uol, s/d. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia-suicidio-assistido-escolhas-feitas-com-fim-esperanca.htm>. Acesso em: 8 abr. 2022;

\_\_ Entenda agora o significado de eutanásia e a diferença para ortotanásia e distanásia. Cemitério sem mistério, s/d. Disponível em: <https://www.cemiteriosemmistério.com.br/o-que-e-eutanasia/>. Acesso em: 8 abr. 2022;

LIMA, S.F. Eutanásia como direito à morte digna. Jus.com.br. Não paginado. Disponível em: <https://flaviosantoslima.jusbrasil.com.br/artigos/633960524/eutanasia-como-direito-amorte-digna>. Acesso em: 8 abr. 2022;

MENEZES, Milene Barcellos.; SELLI, Lucilda.; ALVES, Joseane de Souza. Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem. Rev. Latinoam. Enferm., v.17, n.4, p.443-8, 2009.

MILANEZI, Larissa. Eutanásia: o que é? Politize. Não paginado. Disponível em: <https://www.politize.com.br/eutanasia-o-que-e/>. Acesso em 08 de maio de 2022.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, 2924 p.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003 – (Coleção temas jurídicos; 3).

MORAES, Henrique Viana Bandeira. Da eutanásia no direito comparado e na legislação brasileira. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3463, 24 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23299>. Acesso em: 16 mai. 2022.

OLIVEIRA, Lilian Carla; JAPAULO Maria paula. Eutanásia e o direito à vida. Migalhas.com.br, 13 de outubro de 2005. Não paginado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/16779/eutanasia-e-o-direito-a-vida>. Acesso em: 11 mai. 2022.

OLIVEIRA, LUCAS. Eutanásia. s/d. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/eutanasia.htm#:~:text=A%20eutan%C3%A1sia%20%C3%A9%20definida%20como,Brasil%2C%20como%20crime%20de%20homic%C3%ADdio>. Acesso em: 8 abr. 2022.

PAIVA, Vitor. Como funciona o suicídio assistido e qual o impacto nos países onde foi adotado. Hypesess, 2017. Disponível em: <https://www.hypesess.com.br/2017/09/setembro-amarelo-como-funciona-o-suicidio-assistido-e-qual-o-impacto-nos-paises-onde-foi-adotado/>. Acesso em: 8 abr. 2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Toquato de Oliveira. Manual de Biodireito. 3ª ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Editora Del Rey.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

SILVA, Sônia Maria Teixeira da. Eutanásia. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1863>.

SZTAJN, R. Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido. São Paulo: Cultural Paulista: 2002.

## **SISTEMAS REGIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

**KATIA GOMES DA SILVA:** Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA. Servidora pública da Universidade Estadual do Tocantins.

**JULIANA CORRÊA**<sup>287</sup>

**LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX**<sup>288</sup>

**PAULO ROBSON MARTA DA SILVA**<sup>289</sup>

**RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS**<sup>290</sup>

**SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO**<sup>291</sup>

(Coautores)

---

287 Licenciatura e bacharelado em Ciências Biológicas pela Universidade Estadual do Mato Grosso. Pós-graduada em Gestão, Supervisão e Orientação Escolar. Servidora pública do Estado do Tocantins. Assessora jurídica no Departamento Estadual de Trânsito do Tocantins.

288 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor Público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com.

289 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail: robson.0706@hotmail.com

290 Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

291 Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. E-mail: sergianoreis@gmail.com

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo analisar os sistemas regionais de direitos humanos, em especial, o sistema europeu de proteção aos direitos humanos. Destacando-se a sua origem histórica, a estrutura do sistema europeu, os avanços e melhorias alcançados no âmbito dos direitos humanos. Além disso, foi abordado o sistema de peticionamento no âmbito do sistema regional europeu junto a Comissão Europeia de Direitos do Homem e foram explanados os principais documentos legais constituintes. Apresenta-se também uma análise do caso Salgueiro da Silva Mouta versus Portugal. Saliente-se que foi efetivada uma ampla pesquisa científica, de caráter exploratório, descritivo e analítico, e foram destacadas as fundamentações de especialistas e entidades na área de estudo com vistas ao alcance dos objetivos da pesquisa. Por fim, foram exteriorizadas as referências utilizadas no desenvolvimento do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Sistema Europeu. Direitos Humanos. Proteção. Garantias e direitos fundamentais. Peticionamento.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze regional human rights systems, in particular, the European system for the protection of human rights, highlighting its historical origin, the structure of the European system, the advances and improvements achieved in the field of human rights. In addition, the petitioning system within the European regional system was studied with the European Commission on Human Rights and the main constituent legal documents were explained. An analysis of the case of Salgueiro da Silva Mouta versus Portugal is also presented. It should be noted that an extensive, exploratory, descriptive and analytical scientific research was carried out, and the ideas of specialists and entities in the study area were highlighted with a view to achieving the research objectives. Finally, the references used in the development of this work were externalized.

**Keywords:** European System. Human rights. Protection. Guarantees and fundamental rights. Petition.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Origem histórica. 2.1 Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. 2.2 Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos. 3. Estrutura do sistema europeu. 4 Sistema de peticionamento. 4.1 Corte Europeia de Direitos Humanos. 4.2 Direito de peticionamento no âmbito do sistema regional europeu. 4.3 A apresentação de uma queixa à Comissão Europeia de Direitos do Homem. 4.4 Tribunal dos Direitos do Homem (Tribunal dos Direitos Humanos). 5. Principais documentos legais constituintes. 6. Caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

As regras gerais são formuladas para orientar e dirigir situações as quais configuram, enquanto, para tipificar os casos de forma mais específica, surgem regras

minuciosas e mais restritas, sendo essas mais condizentes com a realidade, conforme o acontecimento dos fatos.

O mesmo acontece com o Sistema de Direitos Humanos Global, um sistema que busca a unificação da garantia de tais direitos entre os continentes em escala geral e que permite também a busca da efetivação dos direitos humanos em nível regional. Dessa forma, o sistema e as normatizações se veem adequados de acordo com as particularidades da região, propiciando, além do maior estudo sobre aplicação das normas, a fiscalização em prol da sua garantia.

Com esse objetivo e apresentando-se da forma mais desenvolvida e solidificada no formato dos sistemas regionais, surge o sistema regional europeu, que perpassa por uma temporalidade histórica de construção e adaptação. Ou seja, conforme as demandas são apresentadas, o seu ordenamento passa por alterações e amplia a sua abrangência de acordo com o que será exposto a seguir, como a criação e extinção de comissões e cortes, além da elaboração de protocolos.

## **2. ORIGEM HISTÓRICA**

### **2.1 Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos não só opera em escala global, mas também em nível regional por meio da reunião de países – os chamados Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Todos os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos pertencem ao sistema global, o que significa que devem respeitar e cumprir a universalidade dos direitos humanos e todas as disposições dos tratados internacionais de direitos humanos de que fazem parte.

A importância da criação de sistemas menores de proteção dos direitos humanos se fez necessária tendo em vista que cada continente apresenta características históricas e culturais próprias. Isso permite que os sistemas tenham um aparato composto por normas jurídicas próprias que dialoguem com os padrões comuns e peculiaridades de cada região.

Nesse sentido, Smith citado por Piovesan (2013, p. 86) afirma que,

*Na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna mais facilitado, seja com relação aos textos convencionais, seja quanto aos mecanismos de monitoramento.*



*Muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições, o que oferece vantagens.*

Dos sistemas regionais existentes, destacam-se o sistema africano, o interamericano e o europeu. Dentre os modelos supracitados, o sistema europeu é o mais solidificado e influente no cenário internacional, pois sua institucionalidade é baseada em uma estrutura estritamente judicial.

Esse caráter justicializado o colocou em posição de destaque em relação aos outros sistemas regionais por estabelecer alguns critérios singulares aos seus signatários, entre os quais a aceitação da “Convenção Europeia de Direitos Humanos” como sua jurisdição. Dessa forma, o não cumprimento dessas obrigações poderia implicar desligamento desses Estados signatários perante a Comunidade (MENDEZ, 1998).

## **2.2 Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos**

Esse sistema regional de proteção de direitos humanos é o mais antigo, servindo de base para os demais sistemas regionais. Nasceu em resposta às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial e estabeleceu um padrão mínimo de proteção da dignidade humana. O sistema visa a prevenir e evitar as violações dos direitos humanos no continente europeu, objetivando a integração europeia e os princípios democráticos do estado de direito e dos direitos humanos.

Após a Segunda Guerra, surge no continente europeu a ideia de se construírem relações pacíficas e duradoras em todo o continente, o que acabou por motivar a realização do Congresso de Haia em 1948, resultando na Conferência Europeia, em março de 1949. Já em 5 de maio de 1949, em Londres, foi assinado o Tratado de Londres, criando o Conselho da Europa com a finalidade de unificar o continente europeu.

Em 4 de novembro de 1950, os Estados membros do Conselho aprovaram em Roma a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor a partir de 3 de setembro de 1953, com a adesão inicial de dez Estados e, atualmente, possui 47 Estados membros.

A Convenção Europeia deixa bem claro em seu preâmbulo o objetivo da proteção aos direitos enunciados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH:

*Os Governos signatários, Membros do Conselho da Europa,  
**Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem**  
proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de  
Dezembro de 1948, [...]*

*Decididos, enquanto Governos de Estados Europeus animados no mesmo espírito, possuindo um patrimônio comum de ideais e tradições políticas, de respeito pela liberdade e pelo primado do direito, a tomar as primeiras providências apropriadas para **assegurar a garantia colectiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal** (CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM, 1950, p. 5, grifos nossos).*

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é a principal fonte do texto base da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e sua principal função é garantir reconhecimento e aplicação efetiva dos direitos reconhecidos na DUDH. No entanto a lista dos direitos contidos na Convenção é menor do que na Declaração Universal.

A Convenção Europeia é dividida em três partes: a primeira sobre os direitos e deveres dos cidadãos; a segunda com as medidas de salvaguarda; e a terceira com disposições diversas.

Na primeira parte da Convenção, o documento somente traz a proteção aos direitos civis e políticos, sendo omissa quanto à defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, alvo de críticas de doutrinadores. Entretanto sempre apresentou alcance amplo, pois abrange qualquer pessoa em território europeu, independentemente de sua nacionalidade.

Quanto à segunda parte, a Convenção Europeia instituiu três órgãos de defesa dos direitos humanos: o Comitê de Ministros, a Comissão Europeia e a Corte Europeia de Direitos Humanos. Tal como a Comissão, a Corte Europeia de Direitos Humanos não era órgão permanente, o que significa que as funções não eram exercidas de forma contínua.

Por conta disso, inúmeros foram os protocolos elaborados com o intuito de alterar e modernizar a Convenção, destacando-se o Protocolo n. 11, que entrou em vigor a partir do dia 1º de novembro de 1998. Sua principal alteração foi a extinção da Comissão e da Corte Europeia e a instituição de uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos, com o caráter permanente.

Piovesan (2013, p. 100) aduz que

*O Sistema Europeu é considerado o mais avançado dos sistemas regionais, por ter instituído por meio da Corte Internacional, um ordenamento no qual os Estados soberanos aceitassem e aplicassem*

*suas determinações em prol de garantir a todos os indivíduos o direito de apelar à Corte Europeia, em casos de violação contra a dignidade da pessoa humana.*

O Protocolo n. 11 trouxe grande avanço no sentido de conferir aos indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs acesso direto à Corte Europeia, por meio do direito de submeter petição na hipótese de violação de direito, direito até então concedido apenas aos Estados membros e à Comissão.

### **3. ESTRUTURA DO SISTEMA EUROPEU**

A Corte Europeia de Direitos Humanos apresenta a seguinte estrutura: Comitê (composto por 3 juízes), Câmaras – também chamadas de *Chambre* – (compostas por 7 juízes) e a Grande Câmara – também chamada de *Grand Chambre* – (composta por 17 juízes).

Mazzuoli (2010, p. 39) considera que a função primordial da Comissão Europeia de Direitos Humanos era “analisar as queixas ou comunicações interestatais, bem como da sociedade civil, sobre violação da Convenção”. Outras funções também competiam à Comissão, como decidir sobre a admissibilidade das petições, propor soluções amigáveis, quando apropriado, ordenar medidas preliminares de proteção (equivalentes às medidas cautelares da Comissão Interamericana de Direitos Humanos), enviar os casos à Corte Europeia ou dirigir seus relatórios ao Comitê de Ministros do Conselho de Europa.

Acerca da Corte Europeia de Direitos Humanos, Mazuolli (2010, p. 39-40) diz que

*[...] competia (por meio de cláusula facultativa, também como no sistema atual da Convenção Americana) julgar os casos de violação de direitos humanos submetidos pela Comissão. Além desses dois órgãos (Comissão e Corte Europeia) existe ainda no sistema regional europeu o Comitê de Ministros do Conselho de Europa, nascido antes da Convenção, mas por ela tido como órgão de supervisão.*

Com relação ao Comitê de Ministros, este permaneceu após o Protocolo n. 11 com a função de supervisionar a execução das decisões da Corte e, em caso de descumprimento, aplicar as penalidades cabíveis, dentre elas a exclusão do Estado membro do Conselho da Europa, além de ser-lhe permitido o pedido de consulta à Corte Europeia.

O número de membros dos organismos de supervisão corresponde ao número de Estados membros da Convenção. A Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa elege

juízes a partir de três candidatos indicados por cada governo. Os juízes são eleitos para mandatos de seis anos, renováveis somente uma vez, e trabalham em período integral.

A Corte Europeia possui duas competências: uma consultiva e outra contenciosa. A competência consultiva (criada pelo Protocolo n. 2, de 1963) pode ser solicitada pelo Comitê de Ministros sobre questões jurídicas relativas à interpretação da Convenção ou de seus Protocolos, mas com limitação de tais opiniões, como elucidam Gasparoto e Sala (2015, p. 100):

*[...] sobre questões relativas ao conteúdo ou à extensão dos direitos e liberdades definidos no Título I da Convenção e nos protocolos, nem sobre outras questões que, em virtude do recurso previsto pela Convenção, possam ser submetidas à Corte ou ao Comitê de Ministros.*

Tal restrição, como explica Flávia Piovesan (2014, p. 121), “tem sido objeto de agudas críticas doutrinárias, por limitar em demasia a competência consultiva da Corte”, o que explica “o porquê de a Corte Europeia não ter proferido, até 2005, qualquer opinião consultiva”, diferentemente da Corte Interamericana (e também da Corte Africana de Direitos Humanos), que detém ampla competência em matéria consultiva. A competência para a emissão de opiniões consultivas no sistema europeu é do Tribunal Pleno da Corte Europeia (art. 31, alínea b) (ANDRADE, 2015).

No que tange à competência contenciosa, as sentenças da Corte Europeia são juridicamente vinculantes e têm natureza declaratória. Essa última característica significa que a sentença se limita a declarar que o ato estatal violou (ou não) a Convenção Europeia, bem assim as consequências que o Estado em causa deve suportar, a depender do tipo de violação constatada.

Assim, se a Corte entendeu na sentença que o Estado violou a Convenção por disposição de seu direito interno contrária às regras do tratado, o Estado deve tomar medidas legislativas para adequar a sua legislação às prescrições da Convenção, além de impedir que violações dessa natureza novamente ocorram.

Em suma, no exercício da competência contenciosa, a Corte não decide *in abstracto* qualquer demanda (sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de uma lei, de uma jurisprudência ou de uma decisão administrativa com as normas da Convenção); proposta uma ação perante ela, sua missão é declarar se o fato *in concreto* alegado na petição violou ou não a Convenção Europeia de Direitos Humanos.

## 4. SISTEMA DE PETICIONAMENTO

### 4.1 Corte Europeia de Direitos Humanos

Conforme explicitado, o sistema europeu foi iniciado pela assinatura do Conselho da Europa e tem como textos fundamentais, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. A Convenção instituiu a Comissão Europeia e a Corte e estabeleceu direitos e garantias que os Estados se comprometeram a respeitar, entre eles:

*[...] o direito à vida; o direito de defesa em matéria civil e penal; o direito ao respeito da vida privada e familiar; a liberdade de expressão; a liberdade de pensamento, consciência e religião; o direito a um recurso efetivo; o direito ao usufruto pacífico dos bens; e o direito de voto e de elegibilidade (ATIQUE; NEME, 2008, p. 101).*

Tais documentos vieram a orientar, tratar e decidir quais seriam os valores e os direitos defendidos e protegidos pelas Cortes. A atribuição da efetiva proteção desses valores ficou sob a tutela da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e da Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Após o ano de 1989, mais países começaram a ser abrangidos por essa Corte de proteção, o que levou a um aumento expressivo do volume de casos sob a jurisdição do sistema europeu, de modo a deixá-lo extremamente afogado.

Nessa perspectiva, Bicudo (2003, online) assevera que,

*Entretanto, a incorporação dos países do Este ao sistema europeu determinou grandes tensões como consequência da grande avalanche de casos, que passaram a ser apresentados, a tal ponto que o Secretário Geral da Corte Europeia, falando por ocasião dos atos comemorativos dos trinta anos da Convenção Americana de Direitos Humanos, celebrados em novembro de 1999, em São José da Costa Rica, assinalou que o sistema europeu de proteção e defesa dos Direitos Humanos encontrava-se em crise. Em verdade, já no seminário sobre o sistema interamericano de defesa e proteção dos Direitos Humanos, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fez realizar em Washington, em 1996, os participantes europeus questionavam a sabedoria de reduzir-se a flexibilidade do*

*sistema europeu para abri-lo a tensões, até então, ignoradas. Valorizavam altamente o sistema dos órgãos em nosso hemisfério, que permite um filtro de petições, que de outro modo perturbariam o melhor funcionamento do sistema.*

Bicudo (2003) afirma ainda que o sistema europeu precisou sofrer uma grande mudança em suas cortes, como a unificação orgânica, substituindo os três órgãos de decisões existentes (Comissão, Corte e Comitê de Ministros do Conselho da Europa) por um só órgão permanente – a Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Uma Câmara, constituída de três juízes, módulo ordinário de julgamento da Corte, passa a exercer as funções, precedentemente, atribuídas à Comissão: exame de admissibilidade, estabelecimento dos fatos e conciliação e decisão de mérito. O procedimento, cuja transparência é, todavia, relativa, é o seguinte: filtrada por um Comitê de três juízes (que, por unanimidade, poderá declarar a petição inadmissível), a petição individual será encaminhada a uma Câmara de sete juízes, que decidirá sobre sua admissibilidade e, depois de uma tentativa de conciliação, decidirá sobre o mérito.

Ao detalhar o trâmite da proposição, Bicudo (2003) explica que essa decisão, porém, não é definitiva, pois uma das partes pode pedir que o processo seja enviado a uma grande Câmara, de dezessete juízes. Esse reexame está subordinado à aceitação de um colégio de cinco juízes e só poderá ter lugar, excepcionalmente, quando se tratar, por exemplo, de uma questão grave de interpretação ou de aplicação da Convenção. A Corte Europeia conta, na sua organização atual, com 41 juízes e cerca de 50 advogados.

#### **4.2 Direito de peticionamento no âmbito do sistema regional europeu**

O peticionamento é universal, qualquer pessoa que se sentir lesada pode apresentar uma petição para buscar seus direitos.

Dantas (2004, p. 204) aduz que

*O direito de petição aos comitês é um mecanismo convencional de proteção dos direitos humanos que possibilita a atuação direta e independente do indivíduo no cenário internacional na medida em que não exige a intermediação de um Estado Parte ou de outra entidade.*



Com o objetivo de que o acesso seja amplo e promova a proteção universal, o sistema de peticionamento é simples e dispensa até que o indivíduo precise de um advogado, pois não há necessidade de que as peças atendam a conceitos jurídicos técnicos.

#### **4.3 A apresentação de uma queixa à Comissão Europeia de Direitos do Homem**

Antes de apresentar queixa à Comissão, o indivíduo deve identificar se a sua queixa trata de direitos abrangidos pelas Convenções de Direitos Humanos. Há um formulário específico que a pessoa deve preencher descrevendo exatamente os motivos de estar peticionando e o que ocorreu para que os direitos fossem lesados.

Depois, a Comissão irá confirmar em 15 dias o recebimento da queixa e terá o prazo de um ano para analisá-la e decidir sobre a instauração do processo. A comissão pode também considerar que o problema pode ser resolvido de maneira extrajudicial, e propor ao queixoso que transfira para outras formas de resolução de conflitos. E se a Comissão não considerar nenhuma infração aos direitos humanos, o dossiê se dá por encerrado.

Em relação às queixas individuais, quaisquer delas será dirigida ao Secretário da Comissão que pode, sob certas condições, conceder a assistência judiciária gratuita aos queixosos que não tenham recursos. Assim será, por exemplo, quando o caso exija uma troca de argumentos entre o Estado em causa e o queixoso. Em tal caso, o queixoso deverá provar por meio de documento oficial não possuir os meios necessários. Após um exame preliminar por um membro atuando como Relator, qualquer queixa registrada é submetida a uma Câmara da Comissão, à Comissão plenária ou a um Comitê de três membros para um exame da sua admissibilidade.

O Relator ou a Comissão podem pedir tanto ao Governo em causa como ao queixoso informações factuais sobre as circunstâncias do caso. A Comissão ou a Câmara decidem em seguida sobre a admissibilidade da queixa, após terem verificado se as condições para tal se encontram preenchidas nomeadamente, se o objeto da queixa diz respeito a um dos direitos garantidos e se o queixoso cumpriu a obrigação de esgotar os recursos internos.

Com efeito, antes de demandar a Comissão, o queixoso deverá ter-se dirigido, nas formas prescritas, a todas as autoridades competentes (judiciais ou administrativas) do país interessado, para obstar a violação alegada. A Comissão examina em sessão plenária as queixas que lhe são submetidas na presença, pelo menos, da maioria dos seus membros. Em certos casos, esse quórum mínimo pode ser reduzido a sete membros. Ela pode igualmente confiar tarefas particulares a um ou a vários de seus membros.

As Câmaras da Comissão são compostas pelo menos por sete membros. Na fase da admissibilidade, as decisões da Comissão, incluindo as dos Comitês e das Câmaras, são definitivas. Não é possível recorrer de uma decisão declarando uma queixa inadmissível, mas o interessado poderá, em qualquer caso, apresentar uma nova queixa se puder alegar novos fatos.

#### **4.4 Tribunal dos Direitos do Homem (Tribunal dos Direitos Humanos)**

Esse Tribunal foi criado em 1959, a fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e seus protocolos para os Estados membros e, a partir de um protocolo nascido em 1998, virou uma jurisdição permanente do Conselho Europeu. A competência do Tribunal abrange todas as questões relativas à interpretação e à aplicação da Convenção e dos respectivos protocolos que lhe sejam submetidos.

O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, como visto anteriormente, além das queixas submetidas por pessoas pertencentes ao Estado membro. O Tribunal é composto por 47 juízes, um por cada Estado membro. Os juízes do Tribunal exercem funções a título individual, isto é, não representam o Estado em nome do qual são eleitos e são totalmente independentes, estando impedidos de exercer qualquer atividade que comprometa a sua independência ou imparcialidade. Também dispõe de uma secretaria composta por juristas que presta serviços administrativos e jurídicos ao tribunal. De maneira geral, exerce a função de apreciar as queixas que lhe são apresentadas.

### **5. PRINCIPAIS DOCUMENTOS LEGAIS CONSTITUINTES**

Com o intuito de resguardar e proteger os direitos inerentes ao homem, em 1949, países Europeus se reuniram com o intuito de criar mecanismos de controle entre os Estados e que estes fossem capazes de defender os direitos mínimos para a dignidade da pessoa humana (HEYNS; PADILLA; ZWAAK, 2006). Surge, assim, o Conselho da Europa. A partir daí, vários instrumentos foram sendo trazidos, elaborados e aperfeiçoados para que os direitos humanos fossem efetivamente salvaguardados. Conforme as problemáticas iam sendo trazidas à tona, viu-se a necessidade de modificar alguns instrumentos, para que protegessem os interesses do homem de maneira mais ampla.

Dentro do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos humanos, existem vários instrumentos que foram e são utilizados para as resoluções da Corte. Destaca-se a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; a Carta Social Europeia; a Carta Europeia de Autonomia Local; a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; o Estatuto do Conselho da Europa; e o Protocolo Adicional à Carta Social Europeia, prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas.

## 5.1 Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais

A Declaração Universal dos Direitos do Homem serviu como inspiração para a Convenção, sendo esse um dos mais significativos acordos na Comunidade Europeia. Tal pacto se limitou a tutelar direitos e liberdades individuais clássicas. E, em 1952, houve um protocolo adicional que acrescentou em seu texto os direitos à proteção da propriedade, a instrução e as eleições livres.

Qualquer pessoa que afirme ser vítima de uma violação em qualquer um dos países da Comunidade Europeia que assinaram e ratificaram a Convenção poderá procurar ajuda no Tribunal Europeu. Para isso, a pessoa deve primeiro ter esgotado todos os recursos no tribunal do seu país e ter apresentado um pedido no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Cabe ressaltar que a Convenção Europeia fornecia mecanismos de proteção aos direitos civis e políticos, mas havia muitas críticas com relação a esse formato, como, por exemplo, a dificuldade de acesso à Corte e a previsão de proteção única e exclusiva aos direitos humanos de 1ª geração. Por conta disso, inúmeros protocolos foram elaborados para alterar e modernizar a Convenção, trazendo temas como a ampliação da proteção da liberdade e segurança pessoal; condições de legalidade da prisão; direitos clássicos dos prisioneiros (devido processo legal e ampla defesa, por exemplo); princípio do *nullum crimen sine lege*; criação da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Comissão de Direitos Humanos, cujo intuito é o de fiscalizar o respeito a tais direitos (essa modificação foi trazida pelo 10º Protocolo) (SAMPAIO, 2014).

## 5.2 Carta Social Europeia

Traz em seu bojo a proteção dos direitos humanos de 2ª geração – econômicos, sociais e culturais –, ausentes até então no texto da Convenção (MELO, online). Assim, trazia a implementação progressiva dos referidos direitos e a criação do Comitê Europeu de Direitos Sociais. Tal instrumento passou por algumas modificações desde sua elaboração e prática, que se deu na década de 60.

A Carta Social sofreu um protocolo adicional em 1988, o qual enunciou outros direitos, como igualdade de possibilidades e de tratamento em matéria de trabalho; informação e consulta no interior das empresas; participação para melhoria das condições de trabalho; e proteção especial aos idosos.

Destaca-se que em 1996 tal instrumento foi revisado e teve novos direitos introduzidos, tais como o direito de proteção em face da pobreza e exclusão social, o direito à moradia, direitos à dignidade no trabalho, sendo agora referido como Carta Social Europeia Revista.

Nos termos dessa Carta, asseguram-se os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores, dentre os quais temos: liberdade de circulação; emprego e remuneração; melhoria das condições de vida e de trabalho; proteção social; formação profissional; igualdade de tratamento entre homens e mulheres; proteção da saúde e segurança no trabalho; proteção de crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência (PENEDA, 2017).

A entrada em vigor da Carta Social Europeia Revista produziu como efeito a cessação de aplicação das disposições da Carta Social Europeia de 1961.

### **5.3 Carta Europeia de Autonomia Local**

É um tratado internacional da década de 80 que versa sobre o princípio da autonomia local, visando ao reconhecimento dessa autonomia por lei interna e/ou pela Constituição. Traz, assim, o direito e a capacidade efetiva de as autarquias locais regulamentarem e gerirem alguns assuntos públicos (FREGUESIA DA GUARDA, online). Esse direito é exercido por conselhos ou assembleias, podendo dispor de órgãos executivos que respondem perante eles, sem prejuízo de recurso a outras formas de participação direta dos cidadãos, como as assembleias de cidadãos, o referendo ou outras (FREGUESIA DA GUARDA, online).

Contém ainda importantes preceitos sobre o âmbito da autonomia; a proteção dos limites territoriais das autarquias locais; a adequação das estruturas e dos meios administrativos às funções das autarquias locais; as condições das responsabilidades em nível local; a tutela administrativa dos atos das autarquias locais; os recursos financeiros das autarquias locais; o direito de associação das autarquias locais; e sobre a proteção legal da autonomia local. Prescreve que se aplica em princípio a todas as categorias de autarquias locais.

Acrescenta-se que busca introduzir regras fundamentais que respeitam a organização administrativa interna dos Estados, o que significa uma obrigação destes de preservar uma razoável e ampla esfera de decisão de base territorial local, favorecendo os princípios da democracia e da descentralização do poder.

### **5.4 Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**

É um documento que contém disposições sobre os direitos humanos, proclamada solenemente pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia em 2000. Uma versão adaptada da Carta foi proclamada em 2007, tornando-a juridicamente vinculativa em todos os países, exceto na Polônia e no Reino Unido.

Pela primeira vez, os direitos que até agora estavam distribuídos em diferentes instrumentos foram reunidos em um único documento. A Carta reforça a segurança jurídica no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Grande parte desta baseia-se na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, na Carta Social Europeia, na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e em disposições pré-existentes do direito da União Europeia (JALES, 2015).

Além de afirmar que a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, traz em seus títulos os temas: dignidade, garantindo o direito à vida e a proibição à tortura, à escravidão, à pena de morte; liberdades, versando também sobre a integridade pessoal, privacidade, proteção de dados pessoais, casamento, pensamento, religião, expressão, reunião, educação, trabalho, propriedade e asilo; igualdade, abrangendo a proibição de toda a discriminação baseada na deficiência, idade e orientação sexual, diversidade cultural, religiosa e linguística; os direitos das crianças e dos idosos; solidariedade, entre outros.

### **5.5 Estatuto do Conselho da Europa**

O objetivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus membros, salvaguardando e promovendo os ideais e os princípios que são patrimônio comum, além de favorecer o progresso econômico e social por meio do exame de questões de interesse comum, pela conclusão de acordos e pela adoção de uma ação comum nos domínios econômico, social, cultural, científico, jurídico e administrativo (CENTRO DE INFORMAÇÃO EUROPEIA, online).

Cabe destacar que este Estatuto institui a composição e o modo de operação do Conselho, como, por exemplo, a quantidade de lugares para cada Estado membro dentro dele.

### **5.6 Protocolo Adicional à Carta Social Europeia prevendo um Sistema de Reclamações Coletivas**

Em virtude desse Protocolo, que entrou em vigor na década de 90, sem prejuízo das disposições da própria Carta Social, os Estados Contratantes se comprometeram quanto à vinculação a um ou mais artigos relativos aos seguintes direitos: o direito de oportunidades iguais e tratamento igual em questões de emprego e profissão sem discriminação com base em sexo; o direito de informação e consulta; o direito de participar da determinação e melhoria de condições de trabalho e ambiente de trabalho; e o direito dos idosos à proteção social.

O Protocolo Adicional Prevendo um Sistema de Queixas Coletivas introduziu um procedimento por meio do qual organizações internacionais e nacionais de empregadores

e sindicatos podem apresentar queixas, alegando a aplicação insatisfatória da Carta. A queixa deve ser endereçada ao Secretário Geral do Conselho da Europa, que notificará o Estado Contratante e a transmitirá ao Comitê de Peritos Independentes. O Comitê prepara um relatório a ser apresentado ao Comitê de Ministros, no qual apresentará suas conclusões se o Estado garantiu ou não a aplicação satisfatória das disposições da Carta, e, em caso negativo, dirigir uma recomendação ao Estado Contratante pertinente.

## **6. CASO SALGUEIRO DA SILVA MOUTA C. PORTUGAL**

O caso de João Salgueiro Silva Mouta, caso Silva Mouta, trata-se de uma disputa judicial do poder parental de um pai homossexual. Foi uma mobilização judicial individual que reivindicou a homoparentalidade como direito de família e como um direito sexual humano no âmbito dos tribunais nacionais e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH. Com início nos tribunais portugueses em 1991, e encaminhado ao TEDH em 1996, o caso obteve como desfecho a condenação do Estado português pelo TEDH por discriminação em função de orientação sexual.

João Salgueiro da Silva Mouta casou-se em 1983, e a união resultou no nascimento de uma filha. No ano de 1990, João se separou e passou a morar com um homem. Em 1991, durante o processo de divórcio, ficou acordado que a guarda da menor ficaria com a mãe e ao pai ficaria resguardado o direito de visita, o que não aconteceu.

João se viu privado de ver a filha e recorreu ao Tribunal da Família para rever a situação, pois havia descoberto que a menor estaria sob a moradia dos avós maternos e não da mãe. Diante da situação, a mãe da menina alegou que não permitia as visitas devido a práticas de abuso cometidas por João e seu parceiro à integridade da criança, versão que após a análise do caso não foi aceita pelo Tribunal da Família, e a guarda da criança passou então para João, que desde o início do processo revelou a sua orientação sexual.

“A decisão do Tribunal de Primeira Instância foi inovadora, pois com a sentença do juiz seria a primeira vez em que a justiça portuguesa entregaria a tutela de uma criança a um progenitor homem e homossexual” (SANTOS *et al.*, 1994, p. 36).

Em 1996, a mãe da menor entrou com recurso no Tribunal da Relação e este decidiu de forma favorável a ela, devolvendo-lhe a guarda da criança, incluindo entre os argumentos de defesa da mãe ponderações discriminatórias relacionadas à homossexualidade do pai.

O Tribunal de Segunda instância defendeu que os interesses da criança foram melhores observados e que o ambiente adequado para o convívio da menor seria com a mãe, e não em um cenário escolhido pelo pai ao conviver com outro homem como se



marido e mulher fossem. Dessa forma, na segunda decisão, a guarda com a mãe seria mais salutar para o desenvolvimento moral, social e mental da criança.

Envolvido por um sentimento de injustiça e convicto de que a sua situação se tratava de um caso de direito humano, em 12 de fevereiro de 1996, João encaminhou uma queixa contra o Estado português junto do TEDH (queixa n. 33290/96, caso Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal). João decidiu censurar o Tribunal da Relação por ter-lhe tirado o poder parental sob a filha com base em fundamentos discriminatórios referentes unicamente à sua homossexualidade, embasando a sua tese nos artigos 8º e 14º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – CEDH.

Em ato primário, o TEDH anulou a decisão do Tribunal da Relação e posteriormente reconheceu a violação dos artigos citados por João, pois na decisão em questão, por mais que tenha sido analisado o interesse da criança, a fundamentação maior da decisão permeou sobre a homossexualidade do pai e ao prejuízo da criança e da sociedade no caso de decisão favorável ao pai. Por fim, o TEDH considerou que existiu violação do art. 8º (respeito pela vida privada e familiar) e do art. 14º (diferença de tratamento e discriminação) da CEDH, determinando uma indenização por danos morais.

O caso criou jurisprudência, constituiu um marco histórico na justiça europeia e ainda evidenciou a forma como o direito europeu trouxe desafios ao direito nacional. Assim, o TEDH tem desempenhado um papel de extrema importância na evolução do direito de família europeu, na medida em que os ordenamentos internos dos Estados não têm ficado inertes às suas decisões, seja por coação, seja por voluntariedade.

Perante as evoluções relacionadas ao combate à discriminação dos/as homossexuais no Estado português, a decisão do TEDH mostrou-se de extrema importância também no fortalecimento da proibição da discriminação em razão da orientação sexual, além da inserção dos direitos das minorias sexuais na configuração de direitos humanos.

Apesar da vitória para a luta LGBTQI+ neste caso, o contexto nem sempre foi esse, pois durante os anos 1950 e 1960 foram apresentados ao TEDH nove casos relacionados à criminalização das relações sexuais entre homens e tais queixas foram consideradas inadmissíveis e infundadas. A mudança no cenário teve início a partir dos anos de 1980, quando o TEDH mudou sua postura passando a defender que as leis que criminalizavam as relações sexuais consensuais entre homens adultos violavam o respeito pela vida privada, direito prelecionado pelo art. 8º da CEDH.

Logo, o caso em tela é um exemplo perfeito de que as discussões judiciais contribuem de forma exorbitante na construção de conceitos como os correlatos aos casos de família, de discriminação, de melhor interesse da criança e de direitos humanos.

Também é referência para o fato de que uma reivindicação individual pode vir a ter força para desmistificar o conservadorismo judicial e modernizar decisões conforme o ritmo de desenvolvimento das relações sociais.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o contexto histórico apresentado, conclui-se que a sociedade, não só no âmbito mundial, mas também regional, não vem medindo esforços para que se façam valer as normas relativas à efetivação dos direitos humanos. Tal fator leva à reflexão sobre a importância do amplo diálogo e da discussão que precisam acontecer tanto de forma interestadual quanto de forma intercontinental para que se chegue aos pormenores relativos à questão tão delicada dos direitos humanos.

Constata-se que a criação de instâncias regionais é imprescindível não só para uma análise especializada diante da abrangência de tais direitos como também para a garantia do acesso, inclusive, de minorias nos casos em que cabe o recurso aos tribunais em citados. Logo, são válidas quaisquer estratégias que sirvam para a garantia do acesso e de revisão de casos em que nos Tribunais Estaduais ainda não se vejam por esgotadas diante das sentenças colegiadas.

Um sistema de proteção de direitos humanos possibilita que a sociedade possa recorrer a instâncias que se esforçam em análises pormenorizadas sob o olhar primordial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, servindo-se, a partir da decisão final, de orientação para os Estados-membros, seja de forma voluntária seja em forma de coação, pois não cabe a estes a indiferença diante dos julgados.

## 8. REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Luis Morales de. **Os sistemas globais e regionais para proteção dos Direitos Humanos**. 2015. Disponível em: <https://aamorales90.jusbrasil.com.br/artigos/245502074/os-sistemas-globais-e-regionais-para-protacao-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 16 maio 2021.

ATIQUE, Henry; NEME, Eliana Franco. O processo de internacionalização como instrumento de efetivação dos direitos humanos: o sistema europeu e o sistema americano. **NEJ** - Vol. 13 - n. 1 - p. 95-106 / jan-jun 2008.

BICUDO, Hélio. Defesa dos direitos humanos: sistemas regionais. **Estudos avançados**. v.17 n.47, São Paulo jan./abr. 2003. versão on-line ISSN 1806-959. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142003000100014&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000100014&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. Direção-Geral da Política de Justiça. **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Relacoes-Internacionais/Organizacoes-e-redes-internacionais/Conselho-da-Europa/Tribunal-Europeu-dos-Direitos-Humanos#Funcionamento>. Acesso em: 16 maio 2021.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. **Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. 1950. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/documents/convention\\_por.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf). Acesso em: 14 maio 2021.

DANTAS, Carla. Direito de Petição do Indivíduo no Sistema Global de Protecção dos Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Sur. Rede Universitária de Direitos Humanos v.1, n.1, jan. 2004 – São Paulo, 2004.

DAUDÍ, Mireya Castillo. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2. ed. Tirant lo Blanch, 2006. In: GASPAROTO, Ana Lúcia; SALA, José Blanes. O Sistema Europeu de protecção dos Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 15, p. 17-36, dez. 2015. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/301>. Acesso em: 14 maio 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Brasília, UNESCO, 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139423>. Acesso em: 14 maio 2021.

FREGUESIA DA GUARDA. **Carta Europeia de Autonomia Local**. Disponível em: <http://www.freguesiadaguarda.pt/fgDetalleDB?tipo=1&idpdi=a0L2000000XyovzEAB&idcat=a002000000EOXbIEAH#:~:text=A%20Carta%20Europeia%20de%20Autonomia,membros%20do%20Conselho%20da%20Europa>. Acesso em: 11 maio 2021.

GASPAROTO, Ana Lúcia; SALA, José Blanes. O Sistema Europeu de protecção dos Direitos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 15, p. 17-36, dez. 2015. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/301>. Acesso em: 14 maio 2021.

HEYNS, C.; PADILLA, D.; ZWAAK, L. Comparação Esquemática dos Sistemas Regionais de Direitos Humanos: uma atualização. **Revista Internacional De Direitos Humanos**, Número 4, Ano 3, 2006, p. 160-169. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/09.pdf>. Acesso em: 11 maio 2021.

JALES, L. C. P. A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia como ponto de referência nas políticas da União. **Revista Âmbito Jurídico**, nº 141. Ano XIX. Outubro/2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/a-carta-de-direitos-fundamentais-da-uniao-europeia-como-ponto-de-referencia-nas-politicas-da-uniao/>. Acesso em: 11 maio 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema europeu de protecção dos direitos humanos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v. 1, n. 13, pp. 32-58, abr. 2010.

MELO, B. S. de. **Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1f2767f75c7a38b#:~:text=destaca%2Dse%20a%20Carta%20de,princ%C3%ADpios%20da%20democracia%20e%20do>. Acesso em: 11 maio 2021.

MENDEZ, Juan E. Direitos Humanos no século XXI. In: **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: IPRI, 1998. Disponível em: [http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com\\_content&task=view&id=963&Ite](http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=963&Ite). Acesso em: 13 maio 2021.

PENEDA, J. S. **Carta Social Europeia**. 2017. Disponível em: <http://euroogle.com/dicionario.asp?definition=346#:~:text=Por%20outro%20lado%2C%20no%20artigo,Europa%2C%20assinada%20em%20Turim%2C%20em>. Acesso em: 11 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, N. **Convenção Europeia de Direitos Humanos (Sistema Europeu de 1950)**. On-line. 2014. Disponível em: <https://nestorsampaio.jusbrasil.com.br/artigos/112319144/convencao-europeia-de-direitos-humanos-sistema-europeu-1950>. Acesso em: 11 maio 2021.

SANTOS, Cecília Macdowell; SANTOS, Ana Cristina; DUARTE, Madalena; LIMA, Teresa Maneca. **Revista Crítica de Ciências Sociais Homoparentalidade e desafios ao direito** – O caso Silva Mouta na justiça portuguesa e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Edição n. 87/2009 – Velhos e novos desafios ao direito e à justiça. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/1437>. Acesso em: 10 maio 2021.

TEDH. Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. **Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal** (N. 33290/96), 21 de dezembro de 1999. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-119155&filename=CASE%20OF%20SALGUEIRO%20DA%20SILVA%20MOUTA%20v.%20PORTUGAL%20-%20%5BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20\(GDDC\).pdf](http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-119155&filename=CASE%20OF%20SALGUEIRO%20DA%20SILVA%20MOUTA%20v.%20PORTUGAL%20-%20%5BPortuguese%20Translation%5D%20by%20the%20Prosecutor%20General%27s%20Office%20(GDDC).pdf). Acesso em: 15 maio 2021.

## **A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL À LUZ DA LEI 9.434/1997**

**FERNANDO GABRIEL PINHEIRO GARCIA:**

Acadêmico do 10º período da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.

**RESUMO:** A finalidade do presente estudo é analisar a legislação vigente quanto à possibilidade de doação de órgãos e tecidos no Brasil, bem como seus pormenores. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando como guia estudos de autores sobre o assunto em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Doação de Órgãos e Tecidos no Brasil. Legislação Vigente.

**ABSTRACT:** The main objective of this article is to analyze the current legislation regarding the possibility of organs and human tissues donating in Brazil, as well as its details. The methodology used was bibliographic research, using as a guide studies by authors on the subject in question.

**KEYWORDS:** Organ and human tissue donation in Brazil. Current legislation.

### **1. INTRODUÇÃO**

O propósito deste artigo é analisar a legislação atual em se tratando da possibilidade de doação de órgãos e tecidos no Brasil, que apesar de ser um país onde mais ocorrem transplantes, ainda carece de melhorias quanto ao seu sistema.

Inicialmente far-se-á um panorama sobre a doação de órgãos e tecidos no Brasil, a qual possui duas modalidades, sendo elas: post mortem e inter vivos, ou seja, quando o doador já faleceu e quando deseja doar ainda em vida, reguladas pela Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

A doação de órgãos e tecidos é um ato altruísta e humano, capaz de salvar e melhorar sobremaneira a condição de vida de pessoas que necessitam, sendo de extrema importância sua conscientização, haja vista que, infelizmente, permanece impopular para grande parte da população, afetados pela alta desinformação quanto à possibilidade de transplantação, que caiu em 29% durante a pandemia, conforme estudo realizado pela revista científica The Lancet Public Health.

Ademais, analisar-se-á quais são os requisitos para a doação e quem são os doadores em potencial, previstos também na Lei 9.434/1997, bem como as discussões ético-morais acerca do assunto.

Por fim, é importante destacar que a doação de órgãos e tecidos é um negócio jurídico e que os requisitos inerentes a ele também devem ser respeitados, desde que o ato da doação seja consciente, responsável, livre e gratuito.

### **3. TRANSPLANTE**

O transplante consiste na remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano de um doador ainda vivo, acertadamente compatível com a sua vontade ou após ter ocorrido morte encefálica, devidamente comprovada por diagnóstico, desde que aquele órgão esteja em condições boas de saúde para um receptor vivo.

O parágrafo único do art. 2º, da Lei 9.434/97, determina que sejam realizados no doador testes de triagem para diagnóstico de infecção e/ou infestação, para somente após isso, o transplante seja autorizado, conforme o exposto:

**Art. 2º, Parágrafo único.** A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.

### **4. TIPOS DE DOAÇÃO**

A Lei 9.434/97 prevê duas modalidades de doação, sendo a primeira quando o doador está vivo, chamada de doação “inter vivos”, onde deseja realizar o transplante por vontade própria e aquela que será feita após a morte encefálica do doador, com diagnóstico e autorização dos familiares, chamada de doação “post mortem”.

Além da base infraconstitucional – Lei 9.434/1997, a doação de órgãos e tecidos também encontra base constitucional, disposta no art. 199, § 4º, da CRFB/88, abaixo colacionada:

**Art. 199. § 4º** A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta,



processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Assim, para que ocorra o transplante, a doação daquele órgão e/ou tecido não pode sob hipótese alguma ser de forma onerosa, mas tão somente de forma gratuita, tendo em vista que a Carta Magna veda rigorosamente qualquer tipo de comercialização, além do art. 15, da Lei 9.434/1997, configurar como crime tal prática.

**Art. 15.** Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

#### 4.1 DOAÇÃO POST MORTEM

A doação post mortem consiste em dispor dos órgãos e tecidos após a morte encefálica do doador, devendo esta ser atestada por um diagnóstico realizado por dois médicos não participantes daquela equipe que irá realizar a remoção do órgão ou tecido, sendo um requisito legal estabelecido pela Lei 9.434/97, em seu art. 3º, abaixo colacionado:

**Art. 3º** A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Nessa modalidade é possível doar o coração, fígado, rim, pâncreas e pulmão, e ainda tecidos, tais como córnea, pele, ossos, válvulas cardíacas, cartilagem e medula óssea, desde que estejam em condições saudáveis e respeitem o tempo de isquemia, que é o prazo máximo que cada órgão consegue manter suas atividades fora do corpo humano, podendo variar de órgão para órgão, como por exemplo: o tempo de isquemia do coração e pulmões é de 4 a 6 horas, dos rins é de até 48 horas, e o fígado e pâncreas é de 12 a 24 horas.

No entanto, caso não haja um documento atestando a vontade do agente de ser doador, é necessário que haja autorização do cônjuge ou parente, devendo-se observar a

linha sucessória, reta ou colateral, até o 2º grau, conforme estabelece o art. 4º, da Lei 9.434/97, com a incumbência de que haja um documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte do doador maior de dezoito anos também chamado de juridicamente capaz.

Há também a possibilidade de doação de órgãos e/ou tecidos por pessoas juridicamente incapazes, que são subdivididas em absolutamente incapaz: o menor de dezesseis anos (art. 3º, do CC/2002) e os relativamente incapazes: os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico e por fim, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (art. 4º, do CC/2002).

**Art. 3º** São **absolutamente incapazes** de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

**Art. 4º** São **incapazes, relativamente** a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Assim, para que ocorra a doação neste último caso, é necessário que haja a autorização expressa de ambos os pais ou responsáveis legais.

## 4.2 DOAÇÃO INTER VIVOS

Quanto à doação inter vivos, esta consiste na disposição de parte de órgão e/ou tecido enquanto o doador está vivo e deseja realizar esse ato, baseando-se na própria autonomia de sua vontade, conforme preceitua o art. 9º, da Lei 9.434/97, abaixo colacionado:

**Art. 9º** É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para

fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

Nessa modalidade de transplante é possível doar um dos rins, parte do fígado, pois é um órgão que se regenera, medula óssea, parte do pulmão (em alguns casos), e desde que a retirada não cause nenhum prejuízo ao doador e nem comprometa sua integridade.

Assim, a pessoa juridicamente capaz pode dispor, de forma não onerosa, de parte de seus órgãos e tecidos, desde que respeite o estabelecido no art. 9º, mencionado anteriormente, cujo transplante somente poderá ser realizado se não oferecer nenhum risco para o doador ou grave comprometimento de suas aptidões vitais, o que será atestado por meio de uma bateria de exames, bem como não afete sua saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável.

Necessário se faz salientar que, nessa modalidade de doação é preferível que haja um documento por escrito e diante de testemunhas, feito pelo próprio doador, especificando exatamente o tecido, órgão ou parte do corpo que será objeto da doação, cujo receptor será, obrigatoriamente, o cônjuge ou parentes consanguíneos até o 4º grau.

Todavia, há também a possibilidade de doação inter vivos para qualquer outra pessoa, que não o cônjuge ou parentes consanguíneos até o 4º grau, entretanto, necessitar-se-á de uma autorização judicial, conforme preceitua o caput do art. 9º, da Lei 9.434/97, dispensada quando se tratar de doação de medula óssea.

Por fim, de acordo com o § 5º deste mesmo artigo, é importante ressaltar que o ato da doação poderá ser revogado a qualquer momento antes da concretização do transplante, tanto pelo doador, se juridicamente capaz, quanto pelos responsáveis, se juridicamente incapaz.

**Art. 9º § 5º** A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

## 5.DOAÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS NO BRASIL

O primeiro transplante renal realizado no Brasil foi em 1964, no Rio de Janeiro, 31 anos após o primeiro transplante realizado no mundo. Sabe-se que a doação de órgãos e tecidos advém, na maioria das vezes, de um ato altruísta e humano do doador ou de seu

responsável legal, mas para além do altruísmo, há a possibilidade de melhorar sobremaneira a vida do receptor que estava aguardando a doação.

Apesar disso, são muitos os pormenores que cercam todo o procedimento da doação, onde a demanda chega a ser tão alta que é provável que o receptor aguarde anos e anos na fila de espera.

O procedimento a ser realizado para efetivar o transplante é tão delicado que a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos estabelece um tempo máximo de preservação extracorpórea, a depender do órgão e/ou tecido.

Para a doação das córneas, o tempo máximo de preservação extracorpórea é de 7 dias, para o coração e pulmões é de 4 a 6 horas, para os rins é de até 48 horas, para o fígado e pâncreas é de 12 a 24 horas e para os ossos é de até 5 anos.

Por esse motivo é que se constata a necessidade de ser um procedimento rápido, devendo os testes de triagem serem feitos logo após a morte encefálica, em se tratando de doação post mortem, para que logo possa ser verificado se os órgãos estão em condições saudáveis.

Após a realização dos exames, é necessário que haja o consentimento da família e/ou responsáveis do doador em potencial, tendo em vista que se deve respeitar a autonomia da vontade das partes.

O último passo é entrar em contato com a Central de Transplante do Estado e notificar a doação, onde serão observados os critérios de quem está aguardando a benesse.

Assim, a Lei nº 9.434/1997, o Decreto nº 2.268/1997 e a Portaria GM/MS 2.600/2009, determinam como funciona a “lista de espera” para receber a doação, que não é por ordem de chegada, mas obedece a critérios médicos, onde há uma fila específica para cada tipo de órgão.

O Sistema Nacional de Transplantes – SNT é regulamentado pela Portaria GM/MS 2.600/2019, que foi editada com o intuito de aperfeiçoar o seu funcionamento, bem como estabelecer normas específicas de autorização de funcionamento dos órgãos gestores ligados ao SNT.

O primeiro passo para efetivar o transplante é verificar a compatibilidade dos grupos sanguíneos, bem como o tempo de espera na fila e principalmente a gravidade da doença, onde são priorizados os pacientes em estado grave ou em iminência de óbito.

Apesar de o Brasil ser um dos países onde há mais doações de órgãos e tecidos, a realidade não é tão perfeita quanto parece ser. Há bastante insegurança por parte dos responsáveis quanto ao diagnóstico de morte encefálica, falta de preparo para realizar a entrevista com a família do doador em potencial, que culmina na recusa familiar, e também a falta de transporte especializado para esse fim, aéreo ou terrestre.

Além disso, há muita desinformação por parte da população em geral, ademais, o Poder Público não desenvolve tantas técnicas de disseminação de informação quanto à importância da doação de órgãos e tecidos, também não realiza marketing digital ou trabalha com campanhas de conscientização, é por tal motivo que ainda há bastante recusa familiar do doador diagnosticado com morte encefálica, que é um quadro irreversível na medicina.

Portanto, além da necessidade de o Poder Público investir em campanhas de conscientização quanto à doação de órgãos e tecidos, é necessário que haja também o investimento na melhoria do próprio sistema nacional de transplantes, para que os profissionais sejam cada vez mais capacitados para realizar cada uma das etapas, bem como investimento quanto ao modo de transporte, a fim de que seja mais eficaz e não resulte em doações frustradas por algum desses motivos, que podem ser evitados, fazendo com que a doação de órgãos e tecidos atinja o seu objetivo maior: salvar e/ou melhorar a condição de vida do receptor.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A finalidade do presente artigo foi trazer uma discussão acerca da doação de órgãos e tecidos no Brasil, à luz da Lei 9.434/1997, que regulamenta o assunto e dá outras providências.

O ato de doar um órgão ou tecido, na modalidade inter vivos, quando o doador deseja fazê-lo em vida, deve ser abastado de voluntariedade, tendo em vista que deve-se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, também precisa ser gratuito, onde a Constituição Federal estabelece uma vedação quanto à comercialização.

Além disso, a lei determina a necessidade de se atestar por documento escrito exatamente qual órgão ou tecido será doado, bem como que o documento seja assinado

por testemunhas. Ressalte-se que, neste último caso os beneficiários possíveis serão o cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau do doador, enquanto a doação para pessoa diversa, diferente daquelas estabelecidas pela lei, será necessária uma autorização judicial.

Tratou-se também da modalidade de doação denominada post mortem, onde o principal requisito será o diagnóstico devidamente comprovado da morte encefálica do doador, bem como a autorização dos responsáveis, o que por muitas vezes se torna infrutífera, diante da recusa familiar.

De outro turno, devem ser observados os critérios da fila de espera para receber a doação, tendo em vista que há uma para cada tipo de órgão. Os requisitos são: compatibilidade de grupos sanguíneos, tempo de espera na fila e gravidade da doença, ademais, há casos extremamente urgentes e outros em que há a possibilidade de se aguardar um pouco mais.

Apesar de o Brasil ser um dos países onde há mais incidência de doação de órgãos e tecidos, verifica-se que permanece a resistência da população por fazê-la, muitas vezes por falta de informações básicas acerca do assunto, bem como por questões ético-morais e religiosas envolvidas.

Por fim, é notório o grande avanço médico em se tratando de doação de órgãos e tecidos no Brasil, mas é necessário que o Poder Público invista cada vez mais na disseminação de informações acerca do assunto, que além de trazer enormes benefícios para o receptor, também beneficia o Estado.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DA SILVA, Renata Luchini Paes. VIANA, Joseval Martins. **Ética e direito: o juridicamente incapaz como doador de medula óssea.** Rev. Bioét. 28 (3) • Jul-Sep 2020. <https://doi.org/10.1590/1983-80422020283414>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/jDrgbZLRQvFNHPRNPwBNWzf/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 20 abril. 2022.

PORTELLA SILVEIRA, Paulo Vítor; AMBRÓSIO DA SILVA, Amanda; SOUZA OLIVEIRA, Ana Carolina; ALVES, Anderson José; RENAULT QUASEMIRIM, Camila; DE MORAES, Cristiane; SANTOS DE OLIVEIRA, Flávia; MAGALHÃES, Michelle Juliana; MARTINS ALVES, Rodrigo. **Aspectos éticos da legislação de transplante e doação de órgãos no Brasil.** Revista



Bioética, vol. 17, núm. 1, 2009, pp. 61-75. Conselho Federal de Medicina. Brasília, Brasil. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533248007>. Acesso em: 20 abril. 2022.

ROZA, Bartira De Aguiar. NETO, Ben-Hur Ferraz. THOMÉ, Tadeu. SCHIRMER, Janine. **Doação de órgãos e tecidos no Brasil: podemos evoluir?** O Mundo da Saúde São Paulo: 2009;33(1):43-48. Disponível em: [http://www.saocamilosp.br/pdf/mundo\\_saude/66/43a48.pdf](http://www.saocamilosp.br/pdf/mundo_saude/66/43a48.pdf). Acesso em: 25 abril. 2022.

COELHO, Gustavo Henrique de Freitas. BONELLA, Alcino Eduardo. **Doação de órgãos e tecidos humanos: a transplantação na Espanha e no Brasil.** Revista Bioética. Print version ISSN 1983-8042 On-line version ISSN 1983-8034. Rev. Bioét. vol.27 no.3 Brasília Jul./Set. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/a/Y85LHYRFXvFLsYzT4qDXQkK/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 25 abril. 2022.

**LEI 9.434/1997** – sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm#art25](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm#art25)

**CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

**MINISTÉRIO DA SAÚDE.** Biblioteca Virtual em Saúde. A vida precisa continuar: 27/9 – Dia Nacional da Doação de Órgãos. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/a-vida-precisa-continuar-27-9-dia-nacional-da-doacao-de-orgaos/>. Acesso em: 25 abril. 2022

## DA IMPORTÂNCIA DA PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO DO TRABALHO: A INTEGRAÇÃO PERFEITA ENTRE O CPC E A CLT

**SARA FRAGA ALVES:** Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário UNA – Contagem / MG

LUAN ARIEL FONSECA ROSA<sup>292</sup>

(coautor)

**RESUMO:** No presente trabalho será feita uma breve introdução aos meios de prova muito comuns no direito processual do trabalho. Discorrerá sobre a importância da prova emprestada na seara trabalhista, bem como as noções preliminares e os conceitos probatórios dentro do processo do trabalho. Buscar-se-á analisar a prova emprestada, prevista no Código de Processo Civil de 2015, sendo aplicada supletivamente e subsidiariamente ao processo do trabalho, nos termos dos artigos 15 do CPC e 769 da CLT, tendo como resultado a integração perfeita entre esses tipos processuais e, assim, conseguindo maior celeridade aos processos trabalhistas.

**Palavras-Chave:** Prova. Processo do trabalho. Código de Processo Civil. Aplicação supletiva e subsidiariamente. Instituto da prova empresta.

**ABSTRACT:** In the present work, a brief introduction will be made to the very common means of evidence in labor procedural law, borrowed evidence. Preliminary notions and evidentiary concepts will be demonstrated within the labor procedural law, thus demonstrating some peculiarities. This evidentiary means is provided for in the Civil Procedure Code of 2015, and is applied supplementarily and subsidiarily to the labor procedural law, under the terms of articles 15 of the CPC and 769 of the CLT, being the central theme of this work.

**Palavras-Chave:** Borrowed. Labor Procedural Law. Civil Procedure Code. Application supplementarily and subsidiarily. Civil Procedure Code. Borrowed evidence institute.

**SUMÁRIO:** 1) Introdução. 2) Provas no Processo do Trabalho: noções preliminares, conceitos e princípios probatórios. 2.1) Noções Preliminares da Teoria Geral do Processo. 2.2) Conceito de Prova. 2.3) Do Contraditório. 2.4) Dos Princípios Probatórios no Processo do Trabalho. 2.5) Princípio da Necessidade da Prova. 3) Da Importância da Prova Emprestada no âmbito do processo do trabalho. 3.1) Da Aplicação Supletiva e Subsidiária

---

<sup>292</sup>Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário UNA – Contagem / MG luanariel98@gmail.com.

do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho. 3.2) Da Previsão Legal da Prova Emprestada. 3.2.1) Do Contraditório no Instituto da Prova Emprestada. 3.2.2) Dos Parâmetros de Valoração da Prova Emprestada. 3.2.3) Da prova emprestada produzida por Juízo Incompetente e em processo anulado ou extinto sem resolução do mérito. 3.2.4) Prova emprestada produzida em processo que tramita no exterior. 3.3) Alguns casos de aplicação prática da prova emprestada – Exposição de Casos. 4) Conclusão. 5) Referências bibliográficas.

## **1.INTRODUÇÃO**

O sistema jurídico carece da segurança para que cumpra, desenvolva e mantenha sua finalidade. Dentre os meios procedimentais para a construção da segurança jurídica dentro do processo, é fundamental o instituto das provas, pois é ele quem garante a veracidade dos fatos e fundamentos, bem como a materialidade e autenticidade do que está sendo apresentado pelas partes nos autos, permitindo que o Julgador se embase no referido instituto para chegada da decisão, seja esta decisão preliminar, interlocutória ou definitiva.

A argumentação, evidentemente, é fundamental para a construção de toda decisão, mas não há argumento que se consiste sem provas.

Para dar início ao tema, serão expostos os principais elementos que compõem o direito processual de modo geral.

O processo do trabalho, assim como todas as áreas processuais (cível, penal, tributária, etc), possuem sua própria sistemática probatória, abarcando princípios, atribuições e meios de provas a serem utilizados nos termos da previsão legal. No presente caso, aqueles que estão previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, bem como aqueles que podem ser aplicados de maneira subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015, por meio do seu art. 15, bem como do art. 769, da CLT.

Serão demonstrados noções preliminares e conceitos probatórios dentro do processo do trabalho.

No entanto, dentre todos os meios de prova apresentados, no presente trabalho, será abordada, de maneira mais detalhada e específica a aplicação da prova emprestada no âmbito do processo do trabalho, bem como sua receptividade e abordagem no referido sistema processual, tendo em vista que a prova emprestada possui sua previsão oriunda do Código de Processo Civil, mas é aplicada de maneira ampla e ativa no processo do trabalho. Desde já, vale dizer que a prova emprestada, embora, seja ainda uma novidade procedimental, trará uma ampla exposição acerca da sua aplicação.

## 2. PROVAS NO PROCESSO DO TRABALHO: NOÇÕES PRELIMINARES, CONCEITOS E PRINCÍPIOS PROBATÓRIOS

A prova tem estado presente na história desde os primórdios sendo o meio utilizado para se provar e comprovar algo ou alguma coisa.

Ao longo da história, foi-se construindo o direito probatório, marcado pela evolução em busca do ideal de justiça rápida e qualificada, principalmente no campo do direito processual, cuja prova tem diversas atribuições e maneiras de ser aplicada e desenvolvida.

### 2.1 Noções Preliminares da Teoria Geral do Processo

O direito processual, também chamado por alguns doutrinadores de direito adjetivo, por sua vez, é composto por uma série de atos e normas, com finalidades específicas, a fim de regulamentar todas as particularidades da função jurisdicional do Estado. (BRASIL. Código de Processo Civil, 2004).

De modo geral e sucinto, conforme Lopes (1999), os principais elementos que compõem o direito processual são: os princípios, a jurisdição, a ação, o procedimento e a lide.

O mesmo autor (Lopes, 1999), categoricamente, irá dizer que os princípios atuam como orientadores de um conjunto de fenômenos essenciais, originários e preliminares, que permitem a construção da norma e do direito, trazendo consigo o direito fundamental (como a constituição nacional), sendo considerados como alicerce da ciência do Direito.

Enquanto, a jurisdição é o poder de exprimir, proclamar, declarar o direito, sendo necessário, para além, a sua aplicação para que se torne um direito efetivo e reconhecido, tendo-se, então, a ação. (Lopes, 1999)

A ação, por sua vez, é o sistema processual prático para alcançar a concretude deste direito, sendo conduzida pelos requisitos previstos em lei. (Lopes, 1999)

E já os procedimentos, como o próprio nome sugere, é o instrumento técnico formado por atos coordenados numa sistemática lógica e legal para se chegar à uma finalidade, ou seja, à jurisdição, por meio da ação que lhe provocou. (Lopes, 1999)

Por último, a lide se trata do conflito provocado pelo autor, que apresenta sua pretensão, chamando-se o réu para discuti-lo nos exatos limites da lei e dos atos procedimentais. (Lopes, 1999)

### 2.2 Conceito de Prova

A princípio, vale mencionar que o processo trabalhista não possui diversas classificações de fases procedimentais como acontece no processo civil, mas a sistemática procedimental, como um todo, acontece de maneira semelhante.

O autor, ao dar início ao processo, apresentando sua pretensão, por meio de petição inicial, e o réu ao responder contrapondo as alegações do autor, por meio de contestação, estes podem se embasar em fatos e em preceitos legais ou apenas em fatos ou, ainda, apenas em preceitos legais.

Neste sentido, dirá Lopes (1999), que as questões de direito suscitadas pelas partes, carecem apenas de uma análise sistemática por parte do Juízo, sendo resolvidas logo após a fase postulatória, sem maiores prorrogações.

Diferentemente, se as partes apresentarem questões de fato, tendo em vista, que os fatos precisam ser demonstrados e comprovados, o que será feito por meio do instituto probatório, ou seja, por meio de provas.

Dentro do processo, cada uma das partes apresentará sua versão sobre os fatos suscitados, bem como apresentarão todos os argumentos que estiverem ao seu alcance, mas o convencimento do Juízo dependerá das provas que estão sendo apresentadas no processo, e da administração das partes sobre elas.

Conforme os dicionaristas, prova significa: *“o que demonstra a veracidade de uma proposição, de um fato; comprovação”*.

Segundo Carnelutti *apud* Haulthausen (2008), *“a prova em sentido jurídico é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legais”*.

Na lição de Caixeta:

Prova pode ser sucintamente definida como meio processual hábil para se obter, preferencialmente, a verdade dos fatos ou, ao menos, para se chegar o mais próximo possível dela, a fim de que o juiz possa construir seu convencimento motivado, tomando por base os fatos alegados pelas partes. (CAIXETA, 2016, p. 270).

Já Fredie Didier Junior (2017) irá dizer que *“a prova, no sentido comum, é a demonstração da verdade de uma preposição”*.

Desta forma, a prova é um meio processual utilizado pelas partes, autor e réu, para buscar comprovar e demonstrar nos autos, da melhor maneira possível, e que lhes for acessível, a realidade dos fatos apresentados, com a intenção de convencer o Juízo. Por

meio destas provas, para que se tenha, assim, a procedência do seu pedido ou a improcedência do pedido para parte contrária.

Neste sentido, o atual Código de Processo Civil, em seu art. 368<sup>293</sup>, dispõe que as partes têm o direito de produzir todos os meios de prova legalmente cabíveis para convencer o Juízo acerca dos fatos por estes alegados, mesmo que tais meios de prova não estejam previstos nesta normativa.

Em consonância com a importância e a essencialidade daquilo que está sendo produzido e atestado nos autos, o Julgador, nos termos do art. 371 do CPC/2015<sup>294</sup>, deve se ater apenas aos elementos constantes nos autos.

### *2.2.1 Do Contraditório*

O direito à prova é um direito fundamental, posto que se encontra como conteúdo do direito fundamental ao contraditório, que por conseguinte o garante, como contextualizado por Fredie Didier Junior (2017).

A garantia ao contraditório e a ampla defesa, bem como o acesso a todos os recursos inerentes a esta, se cumpre em atender todos aqueles que litigam no âmbito judicial ou administrativo, conforme está previsto no artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988<sup>295</sup>.

A presente garantia, confere as partes a igualdade de oportunidades para apresentarem suas provas nos termos e tempo da lei.

Neste sentido, Ricardo Pires (2017) vai dizer que a doutrina, no âmbito geral, apresenta a cooperação entre as partes como um dos elementos de suma importância para estabelecer a garantia ao contraditório.

---

293Art. 368 - As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2016).

294Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2016).

295 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: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2017).



Assim como, o autor Cassio Scarpinella Bueno *apud* Ricardo Pires (2017) esclarece que:

O contraditório, no contexto dos 'direitos fundamentais', deve ser entendido como direito de influir, de influenciar na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo", e, mais adiante, arremata que "o contraditório deve ser entendido como diálogo, como cooperação. (BUENO *apud* PIRES, 2017).

Desta forma, nota-se que a cooperação entre as partes, é fundamental para se chegar a verdade dos fatos, e o meio principal de se garantir o contraditório e a ampla defesa, bem como de influir no convencimento do Julgador no decorrer da demanda. Vale ainda, destacar acerca da importância do papel do Julgador dentro do procedimento judicial, como pessoa determinante de atos, conforme prevê o artigo 765 da CLT.

Dentro de toda esta figura do contraditório entre as partes, tem-se a atuação de peso do Juízo, como a pessoa ao qual possui autonomia para determinar as provas e diligências necessárias para o julgamento do mérito da causa. Tem-se que esta autonomia está ligada tanto a uma determinação de fazer como de não fazer, ou seja, de deferir e de indeferir, de acordo com o seu convencimento ou não convencimento pelo que é posto nos autos pelas partes, estando tais apontamentos conjecturados nos artigos 765 da CLT e 370 do CPC.

A título ilustrativo, Bezerra Leite (2018), vai expor que:

Se o juiz indefere o retorno dos autos ao perito, para esclarecimentos adicionais solicitados pela parte, sob o fundamento de que tal providência nada acrescentaria ou esclareceria a respeito de aspectos relevantes à composição do litígio, uma vez que o laudo pericial minucioso já seria o suficiente para dar suporte ao deslinde da matéria, não há violação ao princípio do contraditório. (LEITE, 2018, pág. 775).

Neste sentido, corrobora-se o que foi dito acerca da autonomia e a atuação do Julgador, assim como, pode-se observar que o indeferimento deste, não necessariamente, será um ato de violação ao princípio do contraditório.

No entanto, caso as partes ou uma delas entenda que sua garantia ao contraditório está sendo violada, esta pode consignar protestos (protesto anti-preclusivos) para que tal matéria seja re discutida em sede recursal, bem como, tal ato do Juízo pode ser caracterizado, sob a alegação da(s) parte(s), como cerceamento de defesa.

Para corroboração de tal exposição, segue abaixo decisão do Egrégio Tribunal do Trabalho da 3ª Região:

CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. **O devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR), para que se torne efetivo, deve abranger o direito da parte de produzir as provas necessárias à plena elucidação da lide. Tal garantia, também derivada do princípio do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CR), deve ser assegurada para que não se dê margem à alegação de cerceamento de defesa e à decretação de nulidade processual.** Constitui ato privativo do Juiz, porém, a apreciação da admissibilidade ou da necessidade das provas requeridas, velando pela condução da instrução com foco no conhecimento da verdade (art. 370 do CPC e art. 765 da CLT). Uma vez frustrada, todavia, a faculdade da parte de produzir provas essenciais ao deslinde da controvérsia, impedindo a demonstração dos fatos objeto de debate, deve ser reconhecido o cerceamento de defesa, em função do manifesto prejuízo imposto ao litigante (art. 794 da CLT), implicando a nulidade da decisão e a renovação de atos processuais, nos termos dos arts. 797 e 798 da CLT. (TRT da 3ª Região; PJe: 0010402-34.2016.5.03.0144 (RO); Disponibilização: 03/05/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 2821; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Marcelo Lamego Pertence) (grifo nosso)

Tal ementa demonstra que o juízo “*a quo*” limitou a uma das partes de produzir provas para o deslindamento da lide, prejudicando-a e cerceando sua defesa, por meio da violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa. Nestes termos, a Turma Julgadora decidiu por caracterizar o cerceamento de defesa a parte, e, conseqüentemente, a nulidade da r. sentença.

### **2.3 Dos Princípios Probatórios no Processo do Trabalho**

Além dos princípios constitucionais, dentro do direito terão princípios que acompanham cada uma das vertentes processuais (processo administrativo, processo civil, processo penal, processo tributário, processo do trabalho, dentre outros).

Neste sentido, serão abordados neste tópico os princípios basilares que norteiam a prova no âmbito do processo do trabalho. Sendo estes:

#### ***2.3.1 Princípio da Necessidade da Prova***

A prova decorre da comprovação dos fatos alegados em Juízo, em especial, os fatos controvertidos, sendo necessária a apresentação de provas cabíveis para que estes sejam admitidos como verdadeiros.

O princípio da necessidade da prova atrai justamente esta necessidade de se comprovar tudo àquilo que está sendo apresentado nos autos de maneira fática pelas partes.

Assim como, o autor Bezerra Leite (2018) vai afirmar que *“é necessário que a parte faça prova de suas alegações, pois os fatos não provados são inexistentes no processo”*.

Por último, tem-se que a própria normativa ao incumbir às partes o ônus das provas, em conformidade com o que pretendem alegar (arts. 818 da CLT e 373 do CPC/2015), categoricamente, afirma acerca da necessidade da produção de provas.

### **3.DA IMPORTÂNCIA DA PROVA EMPRESTADA NO ÂMBITO DO PROCESSO DO TRABALHO**

A Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da integração jurídica, apresenta o “direito processual comum” como fonte subsidiária e supletiva do direito processual trabalhista, no qual, a prova emprestada terá sua aplicação e utilização do campo do processo do trabalho, por meio desta integração, conforme será visto, de maneira mais detalhada, a seguir.

#### **3.1 Da Aplicação Supletiva e Subsidiária do Código de Processo Civil no Processo do Trabalho**

O Direito Processual Comum regulamentado pela Lei nº 13.105/2015 (CPC), em seu artigo 15, prevê sua aplicação supletiva e subsidiária para regular outros direitos processuais (eleitoral, trabalhista, administrativo) em caso de ausência de normas.

Da mesma forma, o direito processual trabalhista, regulamentado pela CLT, permite formalmente a referida aplicação do direito processual comum em seus procedimentos, por meio do artigo 769 da CLT/2017.

Este procedimento de preenchimento de norma ausente se perfaz por meio do fenômeno da interação jurídica, no qual Delgado (2017) vai explicar do se trata este fenômeno:

A integração jurídica envolve um conjunto de mecanismos dirigidos a assegurar o suprimento das lacunas apresentadas pelas fontes principais do sistema jurídico perante determinado caso concreto, de maneira a garantir que o Direito sempre apresente uma resposta

normativa em face de qualquer caso específico colocado a seu exame. (DELGADO, 2017, p. 106).

Ademais, vale fazer a distinção entre a supletividade e a subsidiariedade, no qual tal distinção será abordada por meio do entendimento do autor Shiavi (2017):

A supletividade se trata da aplicação do CPC para completar um instituto processual que já está sendo regulamentado pela CLT, com o intuito de aperfeiçoar e permitir mais efetividade e justiça acerca deste instituto no campo processual trabalhista, por exemplo, o ônus da prova previsto no CPC, pois o art. 818 da CLT é muito enxuto e não resolve questões cruciais como as hipóteses de ausência de prova e prova dividida; já a subsidiária consiste na aplicação do CPC quando a CLT e as leis processuais trabalhistas extravagantes não tiverem nenhuma normativa disciplinando determinado instituto processual, tendo como exemplo, a tutelas de urgência. (SHIAVI, 2017)

Para além, tem-se que, dentre as fontes do direito processual a serem aplicadas no processo do trabalho, seja de maneira supletiva, subsidiária ou análoga, a mais importante é a fonte do direito processual civil, tanto é que *“participa da natureza das fontes legisladas, como pelo grau de elaboração que já alcançou e da proximidade de seus institutos com os do direito processual do trabalho”* (GONÇALVES, 2014).

Destarte, o CPC terá sua aplicação supletiva e subsidiária sobre o processo do trabalho, por meio do fenômeno da integração jurídica, completando e suprimindo as lacunas normativas da CLT, assim como do processo do trabalho.

Por último, segundo Gonçalves, é importante destacar que os dois direitos processuais aqui discutidos, no que se refere ao exercício de jurisdição processual, possuem práticas semelhantes, apesar das normativas do direito material civil e trabalhista serem distintas e, conseqüentemente, aplicadas de modo diferente no procedimento judicial.

### **3.2 Da Previsão Legal da Prova Emprestada**

De plano, é importante comentar e observar que a prova emprestada não está inserida dentre os meios de provas comuns nas doutrinas e, sim, dentro do procedimento probatório, na “parte geral”, acredita-se que isto se deve as suas características probantes.

A prova emprestada trata-se, ainda, de uma novidade procedimental, tendo sua primeira previsão legal no Código de Processo Civil de 2015, por meio da Lei nº 13.105, de

16 de março de 2015, no art. 372. Senão veja-se: "Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de **prova produzida em outro processo**, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório" (grifo nosso).

Conforme disposto no referido artigo, a prova emprestada se trata de uma prova produzida em outro processo, seja este um documento, um depoimento pessoal ou testemunhal (ata de audiência), um laudo pericial, uma sentença, dentre diversos outros, transladada para outro processo (processo presente), por meio de certidão extraída daquele, ingressando, assim, como meio de prova documental.

Não obstante, consigna-se ainda ser possível transladar provas produzidas em processos de outra natureza, como penal, tributário, administrativo etc.

O autor Eduardo Talamini *apud* Didier Junior (2017<sup>296</sup>), afirma que a prova emprestada, além de ser um documento transladado, se trata do aproveitamento de uma prova que foi anteriormente desenvolvida.

Segundo Fredie Didier Junior (2017), a prova emprestada traz consigo a economia processual, bem como atrai a efetividade do princípio da eficiência processual, cuja força probatória será valorada pelo Juízo, que não está adstrito a dar-lhe idêntico valor ao que teve nos autos originários.

Ademais, vale ressaltar, que com a previsão do art. 372 do atual CPC, houve o afastamento da "prova atípica", prevista do Código de Processo Civil de 1973, para a chegada da prova emprestada, permitindo sua admissão pelo Juízo, desde que observado o princípio do contraditório.

No Código de Processo Civil de 1973, como citado acima, apresentava a figura da "prova atípica" como um dos meios de prova, no entanto, as doutrinas e as jurisprudências já vinham denominando tal prova como "prova emprestada", nos termos do artigo 332, do CPC/1973, assim como chegaram a criar alguns requisitos a serem preenchidos para utilização da referida prova.

Neste sentido, o autor Fredie Didier Junior (2014) esboça acerca destes principais requisitos que deveriam ser preenchidos, ao tempo do Código anterior, sendo estes: a) identidade de partes; b) identidade de objeto da lide; c) observância do contraditório na colheita da prova; d) licitude da prova produzida; e) guarda da eficácia e do convencimento do processo originário; f) observação das normas atinentes a prova documental, do

---

296A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram. (TALAMINI *apud* DIDIER JUNIOR, 2017, p. 147).

processo para o qual será ela transportada. Caso não houvesse o preenchimento de todos estes requisitos, a prova emprestada não poderia ser utilizada, “visto que seria impossível corrigir o vício de origem em outro processo”, conforme Theodor Júnior (2017).

Contudo, com a reforma do CPC (2015), os doutrinadores entendem que o instituto da prova emprestada se tornou mais maleável, no qual, Theodoro Júnior manifesta o seguinte, a respeito disto:

O regime adotado pelo NCPC é bastante liberal no tratamento desse meio de prova, não tendo inserido no texto do art. 372 nenhuma das antigas exigências doutrinárias e pretorianas. Estas, contudo, serão levadas em conta para aferir-se o maior ou menor valor de convencimento da prova tomada de empréstimo diante da instrução do novo processo. Naturalmente, a força probante será máxima se se reunirem todas as condicionantes tradicionais. Na falta de alguma, entretanto, aplicar-se-á a regra nova, segundo a qual caberá ao juiz atribuir à prova emprestada “o valor que considerar adequado”. Com isso, é tratada a prova extraída de outro processo como documental, independentemente de terem as partes atuais participado da respectiva produção, de serem diversos os objetos dos dois processos e de inexistir conexão íntima entre os fatos básicos investigados num e noutro. O importante é que a prova transplantada documentalmente tenha sido colhida em processo regular, e que o fato nela revelado seja relevante para o julgamento da nova demanda. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 941).

Ou seja, apesar de não ter mais a obrigatoriedade do preenchimento dos mencionados requisitos, ligados ao antigo Código (1973), sobre a prova emprestada, indiretamente, esta construção doutrinária e jurisprudência influenciará na análise do valor da prova pelo Juízo, mesmo com a singela previsão do atual Código.

Assim como, verifica-se, que mais ainda agora, a prova emprestada precisa seguir, inicialmente, todos os parâmetros da prova documental.

No entanto, Medina (2017) faz uma observação e uma leve distinção acerca da prova emprestada e a seu traslado para o novo processo como prova documental. Veja-se:

Admitiu-se a prova emprestada, embora distintas as partes do processo em que foi originariamente produzida e do processo que a recebeu. Sendo assim realizada, a prova emprestada, produzida e documentada em outro processo (por exemplo, termo de audiência



que consta depoimento de testemunhas, laudo pericial, etc.) ingressa nos autos como prova documental, e não como prova da mesma natureza. Para tanto, seria necessário haver coincidência das partes em ambos os processos, com contraditório realizado também em ambos os feitos. (MEDINA, 2017, p. 639).

Como se constata na citação acima, alguns doutrinadores ainda acreditam que a identidade das partes (mesmas partes em ambos os processos), ainda é importante para a utilização e caracterização da prova emprestada.

Neste sentido, segue abaixo, a título de demonstração, recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

PROVA EMPRESTADA. MEIO LÍCITO E FONTE DE VALORAÇÃO MOTIVADA PELO MAGISTRADO. A prova emprestada constitui um meio legítimo, por intermédio do qual se procura estabelecer a verdade a respeito dos fatos controvertidos, a fim de que o juiz forme a sua convicção motivadamente. A prova emprestada consiste na determinação do juízo para que seja realizado o traslado daquela produzida em outro processo, aproveitando tudo aquilo que guarda semelhança e pertinência com o caso em julgamento. **O seu cabimento está vinculado à demonstração de identidade de partes, situação em que o objeto pode ser diferente, ou de objeto, quando então as partes não precisam ser as mesmas, observando-se, em ambas as espécies, o respeito ao contraditório e à ampla defesa, art. 5º, LV da CF, tanto no processo em que foi produzida, quanto naquele outro do qual será emprestada.** (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011463 26.2017.5.03.0036 (RO); Disponibilização: 10/04/2019; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Manoel Barbosa da Silva) (grifo nosso).

Observa-se que na referida ementa a turma Julgadora, além de abordar a licitude da prova emprestada, apresentou dois pontos importantes para o cabimento da prova: identidade das partes com possibilidade de objeto diferente, ou identidade de objeto com partes distintas. Ou seja, o aludido maleia da prova emprestada efetivamente será aplicado de acordo com o caso concreto.

Por último, como já dito inicialmente, frisa-se que a prova emprestada possui uma significativa aplicação no âmbito processo do trabalho, mas sua previsão legal, como visto, está prevista no atual CPC.

### *3.2.1 Do Contraditório no Instituto da Prova Emprestada*

Uma das principais peculiaridades da prova emprestada, se não for a principal, é a observância ao princípio do contraditório, como visto anteriormente, pois esta tem que ter passado pelo contraditório no processo originário e no processo para o qual será transladado.

Em consonância com o entendimento do autor Medina (2017), Fredie Didier Junior (2017<sup>297</sup>) vai dizer que a importação da prova emprestada para outros autos será lícita, como prova emprestada, apenas quando a parte contrária tiver participado de sua produção, ou quando ambas as partes não tiverem participado se sua produção, mas se convencionam em fazer o seu uso, devendo, assim, tal prova ter o contraditório garantido no processo ao qual está sendo transladada.

Desta forma, verifica-se que, em suma, os doutrinadores compreendem que para o uso da presente prova é indispensável que: a) a parte contrária tenha participado da formação da prova, para que seja usada contra esta; b) ou que nenhuma das partes tenham participado da produção da prova, sendo levado em conta o que a parte pretende demonstrar em relação aos fatos expostos nos autos. Mas é fundamental que ambas as partes concordem com a utilização no processo da prova emprestada.

Destarte, têm que ser concedido as partes o direito de manifestar acerca das provas juntadas pela(s) parte(s) contrária, para que se tenha a consignação do contraditório, cabendo, posteriormente, ao Julgador decidir acerca da análise e utilização destas.

Para que tal exposição possa ser corroborada, veja-se o entendimento de um dos Julgadores do TRT 3<sup>a</sup>:

SENTEÇA

[...]

Prova emprestada

---

<sup>297</sup>Se aquele que requerer a importação de prova e aquele contra quem se pretende seja aprova produzida forem terceiros em relação ao processo onde a prova se produziu, não há problema na sua importação: como nenhuma das partes participou da formação da prova, qualquer delas pode pedir a importação; o contraditório será garantido no processo para onde a prova for transladada (para essa última situação, STJ), Corte Especial, EREsp n. 428-SP, rel. Mina. Nancy Andrichi, j. em 4.6.2014). (DIDIER JUNIOR, 2017, p. 148, 149).

O reclamante acostou com a inicial diversos documentos, especialmente laudos periciais, pleiteando o uso como prova emprestada.

**Em relação a essa modalidade de prova documental, inicialmente, registro que somente é considerada válida mediante a prévia anuência dos litigantes.**

No caso vertente, a terceira ré expressamente se opôs ao uso dos documentos, negando que sejam utilizados como prova emprestada.

Assim, inexistindo anuência dos litigantes, indefiro o uso como prova emprestada dos documentos de ID 7616979 a ID 6326e4c, ID dd52019 a ID 7f2c74f, ID 373200c e ID 296745c. (TRT 3 - RTOOrd 0011861-45.2015.5.03.0164 - Mag.(a) Marcelo Alves Marcondes Pedrosa – Juiz Federal – 6ª VARA DO TRABALHO DE CONTAGEM – Disponibilizada em: 23/05/2018). (grifo nosso).

Tem-se que, neste caso, o Juízo “*a quo*” entendeu por indeferir o uso das provas emprestadas, sob o fundamento de que a discordância de uma das partes pelo uso das provas ocasionou na perda de validade destas, respeitando, assim, legalmente o contraditório.

### *3.2.2 Dos Parâmetros de Valoração da Prova Emprestada*

Em conformidade com o artigo 372 do CPC/2015<sup>298</sup>, Fredie Didier Junior (2017<sup>299</sup>) vai apontar que, conforme identificado pela doutrina, a prova emprestada apresentada aos atos para ter validação pelo Juízo, precisa guardar a eficácia do processo do qual se originou.

Conforme versado anteriormente, no atual CPC, nada é mais importante do que a validação do Juízo, principalmente em vista do seu livre convencimento, sendo essencial a observação de todos os parâmetros possíveis para a aceitação da presente prova.

Porém, vale ressaltar que o livre convencimento do Juízo, bem como sua análise acerca da necessidade e desnecessidade de novas provas a serem produzidas, não podem

---

298Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo- -lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

299 Guardar a eficácia do processo do qual se originou, conservando o poder de convencimento inicialmente produzido; e ter eficácia e aproveitamento, não podendo ser facilmente reproduzida ou sendo sua reprodução financeiramente custosa. (Fredie Didier Junior, 2017)

ensejar em cerceamento de defesa de uma ou de ambas as partes, senão tal decisão será anulada.

Segue abaixo a ementa de um v. acórdão, no qual ficou caracterizado o cerceamento de defesa pelo fato do Magistrado (da 1ª instância) ter indeferido a produção de prova testemunhal de uma das partes, ante o seu convencimento com as comprovações trazidas pela prova emprestada:

CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA EMPRESTADA. PROVA TESTEMUNHAL. Embora a prova emprestada atinente a questões semelhantes à matéria controvertida possa contribuir para a elucidação, não se admite o cerceamento do direito à prova testemunhal para melhor contextualizar os fatos com as condições laborais específicas do autor, haja vista que a oportunidade para o aproveitamento de prova emprestada não representou encerramento da instrução e, portanto, não poderia traduzir fator inibitório à produção de outras provas. Assim, embora não desprezados os depoimentos da prova emprestada, que apresentam aptidão para contribuírem na elucidação dos fatos, deve ser franqueado às partes o exercício do direito da ampla defesa e de influírem na convicção do Juiz (artigos 369 e 372 do CPC). (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011108-47.2017.5.03.0058 (RO); Disponibilização: 29/10/2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1494; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Cristiana M. Valadares Fenelon).

No que tange à ementa do citado acórdão, as Rés, ora Reclamadas, manifestaram discordância quanto ao aproveitamento da prova emprestada apresentada pelo Reclamante na inicial, sendo tal prova genericamente impugnada, o que não inviabiliza o uso da referida prova, devendo ainda ser garantido o contraditório as partes. Assim como, no que se diz respeito às demais provas a serem produzidas nos autos (princípio da unicidade das provas) as partes têm direito ao contraditório. O que não foi possível, tendo em vista que o Nobre Magistrado indeferiu a produção de prova testemunhal por parte das Reclamadas, sobrevindo a caracterização de cerceamento de defesa, e conseqüentemente, a anulação da r. sentença.

Diante do exposto, entende-se que o caso concreto exigirá a avaliação de vários critérios a serem utilizados, sem incorrer em contrariedade a norma legal, bem como buscar a aplicação os princípios norteados do direito do processo do trabalho e de seu direito material, para que se alcance, assim, uma decisão justa.

### **3.2.3** Da prova emprestada produzida por Juízo Incompetente e em processo anulado ou extinto sem resolução do mérito

A prova emprestada produzida por Juízo incompetente não invalida os atos de sua produção, tal como, não impede a utilização desta em outro processo, cabendo ao Juízo dos autos que recebeu dar valoração a tal prova, segundo o autor Fredie Didier Junior (2017).

Já a prova emprestada produzida em autos que foram anulados ou extintos sem resolução do mérito, sua utilização terá algumas evidentes ressalvas. Estas provas devem ter intacto o objeto que pretendiam produzir ou que produziu no processo anterior, ou seja, não terem sido atingidas pelo vício ou causa que se levou a anulação ou extinção dos autos, assim expressa Fredie Didier Junior (2016). Assim como, este também faz a ressalta de que, em caso de processo extinto sem resolução do mérito por preempção, não há motivos, diversos dos que foram já expostos, para o impedimento do seu uso nos autos transladado.

#### *3.2.4 Prova emprestada produzida em processo que tramita no exterior*

A prova produzida no exterior pode ser utilizada como prova emprestada no direito processual brasileiro, ou seja, também, no processo do trabalho, desde que estas sejam lícitas. Devem estar de acordo com o ordenamento jurídico e cuide de abranger o sentido e a extensão do objeto (informações) que se pretende comprovar. Salieta-se ainda que tais documentos devem ser traduzidos para o idioma brasileiro, *"tramitada por via diplomática ou pela autoridade central, ou firmada por tradutor juramentado"* (CPC, art. 192, parágrafo único), assim exposto por Fredie Didier Junior (2016).

#### *3.3 Alguns casos de aplicação prática da prova emprestada – Exposição de Casos*

Primeiramente, convêm comentar que no processo do trabalho tem-se o entendimento prático de que as provas apresentadas, requeridas (documentos, prova emprestada, perícia técnica) devem ser impugnadas nos momentos oportunos.

Isto é, as provas apresentadas pelo reclamante na exordial, devem ser contestadas assim que oportuno pela parte contrária, neste caso, em sede de defesa; em seguida, as provas apresentadas pelo reclamado devem ser contestadas com a apresentação da réplica, ou seja, na impugnação, pelo reclamante, se não for caso de revelia.

Ademais, dependendo da maneira como o Juízo irá direcionar os procedimentos, as partes possuem até o momento final da fase de instrução (fim da audiência de julgamento), para manifestar acerca das provas que estão sendo produzidas nos autos, salvo determinação em contrário (como designação de prazo(s)).

a) Caso 1:

Às partes é concedido o momento oportuno para manifestarem acerca das provas que pretendem produzir, bem como a oportunidade de serem colocadas perante o contraditório. Veja-se a seguinte decisão:

PROVA EMPRESTADA. PEÇAS PROCESSUAIS EXIBIDAS NO RECURSO. IMPOSSIBILIDADE. A mera exibição, no recurso, de peças processuais de outros feitos não se constitui como prova emprestada, pois, no curso da instrução probatória, não foi acordada sua produção. (TRT da 3.<sup>a</sup> Região; PJe: 0010383-97.2018.5.03.0066 (RO); Disponibilização: 22/11/2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 3057; Órgão Julgador: Decima Turma; Relator: Taisa Maria M. de Lima).

Neste caso, o Recorrente não aproveitou da instrução probatória para expor o que se pretendia acerca dos documentos apresentados por ele nos autos. Do mesmo modo, o Douto Juízo entendeu, que os documentos acostados aos autos, não poderiam ser utilizados como prova emprestada, pois não foi acordada sua produção no decurso da instrução. Assim, entrando a parte com recurso, foi-lhe negado provimento, ante a impossibilidade de tais documentos terem sua validade e apreciação discutida em sede recursal (Súmula 126, do TST), sendo mantida a r. sentença pela Colenda Turma.

b) Caso 2:

Os meios de provas devem ser requeridos e impugnados nas peças de apresentação e contestação (inicial, defesa, impugnação), e até o final da audiência de julgamento, como já exposto. No caso abaixo, o Réu perdeu a oportunidade de contestar e requerer a realização de prova pericial nos autos, decidindo o Juízo "*a quo*" pela caracterização de insalubridade e pagamento do referido adicional com base no laudo pericial juntado pela autora como prova empresta. Senão veja-se:

AUSÊNCIA DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NOS AUTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Tendo a parte autora requerido a utilização de prova pericial emprestada (contra a qual o reclamado não se insurgiu expressamente) e uma vez constatado que, mesmo ciente de que se encerraria a instrução processual sem a realização de perícia específica no presente feito, o réu não se opôs, operou-se a preclusão quanto ao requerimento de realização da diligência em questão, motivo pelo qual não há falar na configuração do alegado cerceamento de defesa. (TRT da 3.<sup>a</sup> Região; PJe: 0010663-11.2017.5.03.0064 (RO); Disponibilização: 13/05/2019,



DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 817; Órgão Julgador: Quinta Turma;  
Relator: Convocado Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque)

Conforme a citação acima, se verifica que a prova emprestada (laudo pericial) juntada aos autos pela autora, teve valorização decisiva pelo Magistrado, não sendo necessário para este a realização de novo laudo. De acordo com as informações da ementa, o réu recorreu alegando o cerceamento de defesa, no qual tal alegação foi declarada infundada pela Colenda Turma, sobre o fundamento de que este teve até o final da fase de instrução para requerer a produção de prova pericial, e não o fez, não caracterizando, desta forma, em cerceamento de defesa.

c) Caso 3:

Como será verificado em seguida, em mais uma decisão foi determinado o pagamento de adicional de insalubridade com base no laudo pericial acostados aos autos como prova emprestada, no qual, segundo o Egrégio Tribunal, em consonância com a sentença, o Réu se desincumbiu do seu ônus para elidir a situação fática retratada nos autos. Assim como, a referida prova apresentou os parâmetros necessários de validação. Veja-se:

**EMENTA: ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - CARACTERIZAÇÃO - PROVA EMPRESTADA - IDENTIDADE DE FUNÇÕES RETRATADA PELA PROVA ORAL PRODUZIDA.** Evidenciado por meio da prova oral produzida nos autos que **o reclamante desempenhava função idêntica à apurada em laudo pericial utilizado como prova emprestada**, cujo contato com agentes químicos sem a devida proteção caracterizaria insalubridade em grau máximo, impõe-se o pagamento do adicional e grau correspondentes, não alterando o rumo da lide o fato de a prova emprestada apurar as condições de trabalho de empregado da reclamada que teria exercido alguns cargos distintos daqueles exercidos pelo autor, prevalecendo no caso vertente o princípio da primazia da realidade, norteador do Direito do Trabalho, quanto à realidade fática vivenciada pelo autor em seu ambiente laboral. (TRT da 3.<sup>a</sup> Região; PJe: 0010606-71.2018.5.03.0059 (RO); Disponibilização: 28/03/2019, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 763; Órgão Julgador: Segunda Turma; Relator: Sebastiao Geraldo de Oliveira) (grifo nosso).

Aproveitando o teor da decisão acima, convêm abordar que o princípio da primazia da realidade norteador do direito trabalhista, segundo Godinho *apud* Bartolone (2019):

No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviço, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva). Desse modo, o conteúdo do contrato não se circunscreve ao transposto no correspondente instrumento escrito, incorporando amplamente a todos os matizes laçados pelo cotidiano da prestação de serviços, a descaracterização de uma pactuada relação civil de prestação de serviço, desde que no cumprimento do contrato despontem, concretamente, todos os elementos fático-jurídicos da relação de emprego (trabalho por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob subordinação) (GODRINHO apud BARTOLONE, 2019).

Segundo o doutrinador, atrai a realidade fática vivida pelo empregado no decorrer da sua prestação de serviço, no qual, conseqüentemente, será incumbido ao reclamante, demonstrar os fatos constitutivos de seu direito.

#### **4. CONCLUSÃO**

O direito probatório como visto, está em constante construção e readaptação as demandas da sociedade, que são apresentadas ao Poder Judiciário, em busca do acesso e cumprimento dos seus direitos, bem como na expectativa de ser abraçada pela segurança jurídica.

Este direito, dentre outros, possui características gerais aplicáveis a todos os direitos processuais, bem como possui peculiaridades que se alternam de acordo com o campo do direito processual (cível, trabalhista, penal, administrativo, dentre outros).

O direito probatório sempre foi um direito fundamental dentro da sociedade e dentro do processo, por ser ele a porta de entrada e saída para se comprovar e demonstrar os fatos alegados e os reais fatos. Traz consigo princípios fundamentais a serem resguardados e aplicados, como o princípio do contraditório (art.5º, LV da CF/1988).

Os direitos processuais se relacionam entre si, de acordo com sua própria normativa, por meio do fenômeno da integração jurídica, no qual, o presente trabalho buscou demonstrar, de maneira mais específica, a interação e aplicação do Código de Processo

Civil com a Consolidação das Leis do Trabalho, por meio da supletividade e subsidiariedade, objetivando complementar e preencher as lacunas normativas, apresentando esta troca de direitos e procedimentos probatórios.

Tal abordagem foi feita, principalmente, com o intuito de mostrar a “chegada” da prova emprestada no ordenamento jurídico, por meio do artigo 372 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC). Trata-se de prova produzida em outro processo, sendo essa um documento, um depoimento pessoal ou testemunhal (ata de audiência), um laudo pericial, uma sentença, entre outras. Tal prova emprestada é transladada para outro processo (processo presente), por meio de certidão extraída daquele, ingressando, assim, como meio de prova documental.

A referida prova, era antes abordada pelo processo comum como “prova atípica” e exigia rígidos requisitos para sua utilização e aplicação, no qual exigiu uma grande movimentação jurisprudencial e doutrinária durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973.

A prova emprestada, ainda como uma novidade no direito probatório e no direito comum, já tem uma significativa aplicação no direito processual, principalmente no processo do trabalho, como pode ser observado, tendo a total influência do atributo probatório do ônus da prova e do princípio do contraditório.

Ademais, a prova emprestada, como abordado, trouxe consigo a economia processual, assim como atraiu a efetividade do princípio da eficiência processual, sendo esta valorada pelo Juízo, junto à análise de todo arcabouço probatório apresentado no processo.

No entanto, convém salientar por que a prova emprestada, que tem tido uma significativa aplicação e eficiência no processo do trabalho, desde a alteração do Código de Processo Civil, não foi prevista formalmente na Consolidação das Leis do Trabalho ante a posterior reforma da legislação. Deixando-se, com isso, essa observação para as futuras alterações legislativas na área trabalhista.

Por último, vale comentar, que apesar da prova emprestada ter sido tomada como o tema principal, foi possível ver a nítida integração jurídica do CPC com o processo trabalhista em relação aos princípios constitucionais, princípios probatórios, atribuição do ônus probante e os meios de prova abordados.

## 5. REFERÊNCIAS

BARTOLONE, Rafael. **Princípio da primazia da realidade ou a realidade dos fatos.** Atualização: Maio/2019. Disponível em:

<<https://rbartolone.jusbrasil.com.br/artigos/153302708/principio-da-primazia-da-realidade-ou-a-realidade-dos-fatos>>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL, **Código de Processo Civil e normas correlatas**. Atualização: Março/2016

Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC\\_9ed\\_2016.pdf?sequence=3](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf?sequence=3)>.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e normas correlatas**. Atualização: Dez./2017. Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Atualização: Dez./2017. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>>.

BRASIL. **Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho**.

Atualização: Set./2017. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/sumulas>>.

BUENO *apud* PIRES, Ricardo. **A Prova Emprestada e o Respeito ao Princípio do Contraditório no Código de Processo Civil de 2015**. Publicado em 31/10/2017.

Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-prova-emprestada-e-o-respeito-ao-principio-do-contraditorio-no-codigo-de-processo-civil-de-2015-por-ricardo-pires>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

CAIXETA, Daniel Henrique Diniz. A teoria dinâmica de distribuição do onus da prova no novo código de processo civil e seus reflexos no processo trabalhista. *In*: CASTRO, João Antônio Lima. (Org.). **Direito Processual e Digital**. Belo Horizonte: PUC Minas. Instituto de Educação Continuada. 2015. p. 269-278.

CARNELUTTI *apud* HAULTHAUSEN, Fábio Zabet. **Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 56, ago. 2008.

Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5043](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043)>. Acesso em: 10 maio 2019.

CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Brasília, DF: TV Justiça Notícia. 2010. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindade\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindade_Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo, SP: LTr, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2**. 9 Ed. Salvador, BA: JusPODIVM. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2**. 12 Ed. Salvador, BA: JusPODIVM. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie (Coordenador). **Provas**. Coleção NOVO CPC Doutrina Seleccionada. 3. v. 2. Ed. Salvador, BA: JusPODIVM. 2016.

FIDALGO, Amanda Cabral. **Princípios do Direito Processual**. Publicado em 07/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67331/principios-do-direito-processual>> Acesso em: 18 abr. 2019.

GODINHO *apud* BARTOLONE, Rafael. **Princípio da primazia da realidade ou a realidade dos fatos**. Atualização: Maio/2019. Disponível em: <<https://rbartolone.jusbrasil.com.br/artigos/153302708/principio-da-primazia-da-realidade-ou-a-realidade-dos-fatos>>. Acesso em: 18 maio 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Processo civil e processo do trabalho: possibilidades e limites da aplicação subsidiária**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 22, n. 85, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=108361>>. Acesso em: 23 maio 2019.

HOLTHAUSEN, Fábio Zobot. **Prova judicial: conceito, origem, objeto, finalidade e destinatário**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 56, ago. 2008. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5043](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043)>. Acesso em: 10 maio 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito Processual do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva jur. 2018.

LIMA, João Carlos de. **O protesto antipreclusivo na Justiça do Trabalho**. XIII, n. 81. Rio Grande: *Âmbito Jurídico*. 2010. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8529](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8529)>

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de Direito Processual Civil Moderno**. 3. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais. 2017

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 1997. p. 573.

NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Ônus da prova**. Publicado em 13/09/2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI245504,31047-Onus+da+prova>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

OLIVEIRA, Thiago Matheus Marquesin de. **As espécies de provas sob a ótica do novo Código de Processo Civil**. Rio Grande: Âmbito Jurídico, Rio Grande. 2017. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19765&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19765&revista_caderno=21)> Acesso em: 18 abr. 2019

PIRES, Ricardo. **A Prova Emprestada e o Respeito ao Princípio do Contraditório no Código de Processo Civil de 2015**. Publicado em 31/10/2017. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-prova-emprestada-e-o-respeito-ao-principio-do-contraditorio-no-codigo-de-processo-civil-de-2015-por-ricardo-pires>>. Acesso em: 28 abr. 2019.

RODRIGUES *apud* LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito Processual do Trabalho**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva jur. 2018.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 1. Ed. São Paulo, SP: LTr Editora. 2017.

TALAMINI *apud* DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil Vol. 2**. 12 Ed. Salvador, BA: JusPODIVM. 2017. p. 147

THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processo Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento comum**. Vol. I. 58; Ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense. 2017. p. 940, 941.



## DIREITO DAS OBRIGAÇÕES: DAS OBRIGAÇÕES DE DAR COISA CERTA

### **RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS:**

Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

### **KATIA GOMES DA SILVA<sup>300</sup>**

### **LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX<sup>301</sup>**

(coautores)

**RESUMO:** No presente artigo, discutiu-se o Direito das obrigações concernentes às relações jurídicas de dar coisa certa. Preliminarmente, realizou-se um estudo amplo sobre a evolução das obrigações civis desde os tempos primitivos, de modo a permitir o entendimento de suas origens e a sua interferência no campo social. Posteriormente, descreveram-se as principais hipóteses de obrigações de dar coisa certa, definindo os seus institutos e explicando os pontos alusivos ao domínio da coisa e à boa-fé de cada agente da relação obrigacional. Como metodologia para a extração de informações e desenvolvimento deste trabalho, adotou-se uma pesquisa analítica e exploratória de Doutrinas conceituadas e do próprio ordenamento jurídico-constitucional da República Federativa do Brasil.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Obrigação de dar coisa certa. Perdas e Danos. Melhoramentos e Acréscimos.

**ABSTRACT:** In this article, the law of obligations concerning the legal relationships of giving certain things was discussed. Preliminarily, a broad study was carried out on the

---

300 Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Bacharelada do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO.

301 Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional. E-mail: lucasfermorais@hotmail.com

evolution of civil obligations since primitive times, in order to allow an understanding of their origins and their interference in the social field. Subsequently, the main hypotheses of obligations to give the certain thing were described, defining their institutes and explaining the points alluding to the domain of the thing and the good faith of each agent of the obligation relationship. As a methodology for extracting information and developing this work, the analytical and exploratory research of conceptualized Doctrines and legal and constitutional norms of the Federative Republic of Brazil was adopted.

**Keywords:** Civil norms. Obligation to do the certain thing. Losses and damages. Improvements and additions.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Obrigações. 3. Obrigação de dar coisa certa quando envolve perecimento do bem. 4. Perda quando há culpa ou não. 5. Obrigação de dar coisa certa quando ocorre deterioração do bem. 6. Melhoramento do bem: quando há boa-fé ou não. 7. Obrigação de restituir quando envolve deterioração e perda do bem. 8. Considerações finais. 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde os tempos remotos, os seres humanos viviam de forma nômade, procurando áreas que fornecessem os recursos produtivos para a sua subsistência. Sendo assim, se a região indicasse um sinal de esgotamento de seus recursos, transferiam-se para uma área adjacente que satisfizesse as suas pretensões vitais.

Contudo, à medida que vai compreendendo o ciclo do recurso naturais e as dificuldades de locomoção de indivíduos e de transporte de objetos acumulados ao longo de sua existência, o ser humano percebeu que se tornava essencial a sua fixação em uma determinada região. Vale notar que, com a sua fixação à terra, foi possível explorá-la eficientemente mediante técnicas rudimentares cada vez mais eficientes em termos produtivos.

Nesse diapasão, pode-se considerar que, nos tempos iniciais de sua existência, o ser humano era limitado no que se refere ao consumo de produtos. Isso porque o seu consumo era baseado naquilo que era decorrente de sua produção ou de atividades extrativistas animais, minerais e vegetais.

Ao logo do tempo, ao viver em grupos sociais, o ser humano percebeu que era necessário realizar permutas de coisas e bens entre os seus semelhantes com vistas à melhoria da qualidade de vida de todo o grupo social. Nesse momento, surge a moeda como elemento simbólico de unidade de valor e se iniciam contratos de compras e vendas de bens e coisas, entre outros instrumentos facilitadores da vida em coletividade.

Importa destacar que tais contratos estabelecidos entre os indivíduos representam, atualmente, negócios jurídicos de extrema relevância para a realização das relações obrigacionais jurídicas.

Ademais, consigne-se que as relações obrigacionais estipuladas em contratos visam ao seu total adimplemento. Entretanto, por razões ou circunstâncias alienígenas ou diversas, a prestação obrigacional pode não ser efetivada na forma originária proposta pelas partes contraentes ou participantes do negócio jurídico ou mesmo torna-se impossível o seu adimplemento.

Nessa linha, objetivando o entendimento de alguns pontos referentes ao adimplemento e ao inadimplemento contratual na relação jurídica obrigacional, no artigo em apreço, serão abordadas as obrigações de dar coisa certa com os seus principais desdobramentos relativamente as suas partes, credor e devedor.

## **2. OBRIGAÇÕES**

As obrigações podem ser conceituadas como relações de natureza econômica que se formam entre as figuras do devedor e do credor. Para que surja uma obrigação, é necessária a existência de um fato jurídico anterior.

Enquanto os direitos reais são absolutos, por possuírem natureza *erga omnes*, as obrigacionais são relativas e impõem-se apenas a determinadas pessoas. Outra característica dos direitos obrigacionais é a transitoriedade, que tende a acabar com o cumprimento da obrigação. Sublinhe-se que não importa a duração da obrigação, é possível que ela seja longa ou curta, mas não eterna.

Em suma, a obrigação é um vínculo jurídico transitório, que obriga uma pessoa a cumprir uma prestação econômica em proveito de outra. Perceba que o ponto central aqui é o vínculo jurídico e, para que seja relevante à obrigação, esse deve interessar ao Direito. Assim, um vínculo de caráter pessoal ou moral não é suficiente para efeitos obrigacionais jurídicos.

Enquanto os Direitos Reais são perpétuos, os Direitos obrigacionais são temporários.

Deve-se entender por prestação o objeto da obrigação, podendo referir-se a uma ação ou omissão. A obrigação sempre será de fazer, não fazer ou dar algo.

É necessário que a obrigação tenha uma correspondência econômica, com valor definido, para que possa ser possível a responsabilização patrimonial da parte inadimplente, na eventualidade de que esta não cumpra a referida obrigação.

Esse valor econômico correspondente da obrigação é o que permite ao credor executar seu devedor, buscando satisfazer, via judicial, a obrigação do credor de dar, fazer ou não fazer algo. No caso das obrigações de dar e de fazer, elas são chamadas de obrigações positivas, enquanto as obrigações de não fazer são chamadas de obrigações negativas.

O autor Pereira (2017) definiu a obrigação como sendo um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa (sujeito ativo) pode exigir de outra (sujeito passivo) uma prestação economicamente apreciável.

Desse conceito, listam-se dois tipos de elementos. O primeiro se refere aos elementos subjetivos, que são as pessoas, a que pode exigir (credor) e a de quem pode-se exigir (devedor), caracterizando-se, respectivamente, o sujeito ativo e o sujeito passivo. Já o segundo tipo de elemento objetivo consiste na prestação, que deve ser de natureza patrimonial, salientando o seu caráter de patrimonialidade (valoração econômica).

Em outras palavras, a obrigação pode ser entendida como a relação jurídica de caráter transitório estabelecido entre um devedor e um credor, cujo objeto é uma prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, que lhe garante o adimplemento por seu patrimônio.

Ademais, temos que a obrigação é oriunda de uma determinada fonte. Nesse momento, faz-se mister adentrar-se à temática das fontes do Direito para um entendimento mais preciso do Direito obrigacionais.

As fontes do Direito correspondem aos meios por meio dos quais são estabelecidas ou formadas as normas jurídicas, sendo consideradas “instâncias de manifestação normativa”. Nesse compasso, os referidos autores exemplificam como fontes do Direito “a lei, o costume (fontes diretas), a analogia, a jurisprudência, os princípios gerais do direito, a doutrina e a equidade (fontes indiretas)” (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 221).

Curial observar que os as normas jurídicas e as prestações obrigacionais incidem sobre um fato jurídico específico, que consiste em um acontecimento natural ou humano determinante para o surgimento de vínculo jurídico-obrigacional entre o credor e o devedor.

Importa denotar que a lei é a principal fonte de qualquer obrigação, sendo classificada, assim, como fonte imediata no campo jurídico. Entretanto, conforme Gagliano e Filho (2017), existirá entre as normas jurídicas e os seus efeitos obrigacionais *in concreto* uma situação de fato, considerada pela Doutrina majoritária como fonte mediata.

Nesse sentido, torna-se necessário delinear algumas considerações sobre as fontes mediatas das obrigações. De acordo com Gagliano e Filho (2017, p. 222), elas se classificam em:

- “a) os atos jurídicos negociais (o contrato, o testamento, as declarações unilaterais de vontade);
- b) os atos jurídicos não negociais (o ato jurídico stricto sensu, os fatos materiais — como a situação fática de vizinhança etc.);
- c) os atos ilícitos (no que se incluem o abuso de direito e o enriquecimento ilícito).”

Considerando a sua importância prática, o contrato é considerado a fonte negocial com maior relevância no Direito Obrigacional.

Note-se, também, que os negócios de natureza unilateral, caracterizados pela manifestação de uma só vontade na concretização do ato jurídico, onde se inserem o testamento e a promessa de recompensa, são fontes de obrigações.

Gagliano e Filho (2017) citam que os atos jurídicos não negociais podem gerar efeitos obrigacionais perante terceiros mediante um simples comportamento humano como aquele em casos envolvendo questões atinentes a vizinhança, por exemplo.

Já o ato ilícito que consiste no “comportamento humano voluntário, contrário ao direito, e causador de prejuízo de ordem material ou moral” (GAGLIANO; FILHO, 2017, p. 223). Assim sendo, o agente causador do prejuízo material ou não se vinculará pessoalmente à vítima, até que a obrigação de indenização seja cumprida.

No estudo do ato ilícito, relevante consignar o abuso de direito como elemento-fonte das obrigações. O Código Civil, de 2002, o destacou em seu artigo 187, *in verbis*: “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”.

Os autores Gagliano e Filho (2017, p. 185) interpreta o referido artigo, *ipsis litteris*:

Analisando este artigo, conclui-se não ser imprescindível, para o reconhecimento da teoria do abuso de direito, que o agente tenha a intenção de prejudicar terceiro, bastando, segundo a dicção legal, que exceda manifestamente os limites impostos pela finalidade econômica ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Portanto, existindo abuso de direito, o agente que gerou o dano deve indenizar a pessoa prejudicada. Por exemplo, quando um contratante nega injustificadamente a contratação de um indivíduo após este efetivar gastos com o negócio jurídico, há a geração de abuso de direito, situação na qual o causador do dano tem a obrigação de indenizar o prejudicado.

O enriquecimento ilícito ou sem justa causa, considerado pela Doutrina como um acréscimo no patrimônio de um indivíduo em detrimento de outrem sem fundamento jurídico, é uma fonte de obrigações jurídicas. Isso porque tal enriquecimento é uma vedação expressa do Código Civil, conforme o seu art. 884 e seguintes.

### **3. OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA QUANDO ENVOLVE PERECIMENTO DO BEM**

Como já evidenciado, coisa certa é aquela que se distingue das demais pelo fato de possuir características próprias, sendo individualizada e podendo ser móvel ou imóvel. Conforme Tartuce (2016), tais características são balizadas em um instrumento negocial. Por exemplo, nos contratos de compra e venda, o devedor da obrigação jurídica corresponde ao vendedor e o credor é o comprador.

Frise-se que, em uma relação jurídica que envolva um objeto certo, não pode o devedor entregar ao credor coisa diversa daquela que foi pactuada, ainda que mais valiosa, conforme preceituado no art. 313 do Código Civil. O devedor se vincula aos termos da obrigação, portanto.

Sobre a temática em apreço, Gonçalves (2012) assevera que, na obrigação de dar coisa certa, o devedor se obriga a entregar ou restituir a coisa exatamente igual e está forçado a cumpri-la conforme combinado. Dessa maneira, o devedor da coisa certa não pode dar outra coisa, ainda que mais valiosa, nem o credor é obrigado a recebê-la.

Portanto, a entrega de coisa diversa implica quebra obrigacional, o que só poderá ser realizado com a plena concordância entre as partes (credor e devedor). No entanto, até que se ocorra a sua efetiva entrega (tradição), o bem poderá sofrer perda, a qual pode ser total, situação que se denomina de perecimento, ou parcial, também classificada como deterioração.

Relevante citar que o art. 233 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, denominado de Código Civil, prescreve que “a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso”. Consoante o entendimento de Nader (2016), o princípio de que o acessório segue a coisa principal pode ser aplicado às obrigações de dar coisa certa, mesmo que o contrato seja silente nesse compasso.



Não se deve olvidar que, caso as partes não façam menção ao acessório, este será entregue com o objeto principal. Caso não se queira incluir tal objeto no negócio jurídico, tornar-se-á imprescindível a elaboração de uma cláusula contratual específica ou que a sua exclusão seja interpretada com facilidade por intermédio das circunstâncias fáticas.

Por conseguinte, ao adimplir a obrigação, o devedor tem o dever de entregar a coisa certa acompanhada de todos os acessórios que participam de sua composição, visando à sua utilização plena no campo econômico-social.

Em outro giro, para Nader (2016), as pertenças, caracterizadas por bens móveis inconsumíveis e acessórios, assim como os frutos, os produtos, os rendimentos e as benfeitorias devem acompanhar o bem principal. Quanto às partes integrantes, merecem destaque apenas as não essenciais, únicas acessórias, pois as essenciais já fazem parte da coisa. Note-se que a relação jurídica vinculada a um objeto prestacional não se modifica caso o seu acessório, temporariamente, estiver separado da coisa principal.

#### **4. PERDA QUANDO HÁ CULPA OU NÃO**

O art. 234 do Código Civil preconiza que, se “a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas às partes”. Para melhor entendimento do texto normativo, analise-se o seguinte exemplo. Uma motocicleta deveria ser entregue em uma obrigação contratual, entretanto, antes de sua tradição, um muro desmorona sobre ela, deixando-a totalmente destruída, ou, então, ela é roubada ou furtada, havendo perda total. No entanto, se verificado que após o desabamento do muro somente uma pequena parte dele atingiu o veículo, causando a quebra de algumas peças apenas, há o caso de deterioração.

Nesses casos, cumpre observar se a perda total ou parcial da coisa se deu em razão de culpa ou não do devedor, uma vez que o Código Civil dispõe de soluções variadas para resolver as várias hipóteses que possam vir a ocorrer com o bem.

Infere-se, com base no supracitado artigo, que, ocorrendo um evento danoso sem culpa do devedor antes da tradição da coisa, a sua perda é na totalidade do devedor, uma vez que ele continua, de fato, sendo o proprietário da coisa até a sua efetiva transferência ao credor, que encontra fulcro no art. 492 do Código Civil, *in verbis*: “até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador”.

Dessa forma, o devedor que tem a obrigação de entregar coisa certa precisa ter o máximo de cuidado e atenção para que essa coisa não se deteriore ou pereça. No entanto, se porventura o devedor tem em sua posse um automóvel e esse é destruído por um incêndio ou então é roubado, implica dizer que a culpa não é do devedor, mas sim

decorrente de caso fortuito. Nesse sentido, a obrigação se extingue para ambas as partes. Contudo, o vendedor que recebeu a quantia estipulada de forma antecipada deve, imediatamente, devolvê-la, arcando com o prejuízo devido ao perecimento do bem. Destaque-se que, nas circunstâncias relatadas, ele não será obrigado a indenizar o comprador em perdas e danos.

Importa mencionar que, se a coisa se perdeu no decorrer de condição suspensiva como, por exemplo, aprovação em vestibular, emagrecer tantos quilos ou passar em um concurso etc., o direito de transferência da propriedade da coisa certa não se efetivará e o devedor arcará com o risco da coisa.

Por outro lado, perecendo a coisa por culpa do devedor, a solução a ser adotada será diferente, visto que, devido à culpa em seu inadimplemento, forma-se para o devedor obrigação do pagamento de perdas e danos, caso existam. Diante dessa situação, o credor possui, por conseguinte, direito adquirido de receber o seu equivalente em dinheiro, não sendo obrigado a receber outro objeto parecido, além de eventuais perdas e danos.

Saliente-se que, em conformidade com o art. 402 do Código Civil, as perdas e danos englobam o lucro emergente e o lucro cessante. Nesse ponto, o credor pode recuperar o lucro que, de imediato, perdeu, além daquele que ainda perceberia e, em virtude do fato, deixou de auferir.

## **5. OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA QUANDO OCORRE DETERIORAÇÃO DO BEM**

Inicialmente, pertinente conceituar deterioração em situações envolvendo coisa certa. Ela se caracteriza por uma redução, a qualquer nível, da funcionalidade ou do valor agregado de uma coisa ou bem, de modo que ela ainda exista, mas tenha um valor reduzido no mercado. A deterioração é, destarte, uma danificação do bem, sem tirar seu valor pleno. Pode ocorrer com culpa ou sem culpa do devedor.

No caso de deterioração da coisa, aplicam-se os arts. 235 e 236 do Código Civil, textualmente:

Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.

Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos (BRASIL, 2002, online).

Se a coisa, sem culpa do devedor, se deteriorar (*periculum deteriorationis*), vindo a sofrer diminuição de seu valor ou degradação física, caberá, nesse caso, ao credor escolher se considera extinta a relação obrigacional, voltando as partes ao *statu quo ante*, ou se aceita o bem no estado em que se encontra, abatido de seu preço o valor do estrago (DINIZ, 2019).

Assim, deteriorada a coisa na obrigação de dar coisa certa sem culpa do devedor, existem duas opções: desfaz o negócio jurídico ou aceita o objeto no estado em que se encontra com abatimento no preço.

Deteriorando-se o objeto por culpa do devedor, poderá o credor exigir o equivalente (valor da coisa em dinheiro) ou aceitar a coisa no estado em que se achar, com direito de reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos (DINIZ, 2019), já que a deterioração ocorreu por culpa do devedor.

## **6. MELHORAMENTO DO BEM: QUANDO HÁ BOA-FÉ OU NÃO**

No que concerne às obrigações de dar coisa certa que sofreu alguma alteração positiva em sua qualidade ou quantidade, deve-se exteriorizar, preliminarmente, algumas considerações.

Conforme Nader (2016), no ordenamento jurídico-constitucional do Brasil, a transferência de propriedade de uma coisa se efetiva com a tradição. Não se operando esta, a coisa, juntamente a seus acessórios, pertence ao patrimônio do devedor, embora haja celebração de contrato objetivando a entrega da coisa.

Explicita-se que, conforme explanado por Gonçalves (2017), o contrato, por si só, não transfere o domínio da coisa objeto da prestação jurídica. Ele apenas gera a expectativa de entregar a coisa alienada. Assim, enquanto não se realizar a tradição da coisa, isto é, a sua entrega definitiva na obrigação de entregar, a coisa pertence ao devedor. Caso aconteçam melhoramentos ou acréscimos sobre a coisa, o devedor poderá exigir aumento proporcional em seu preço. Se o credor não aceitar tal proposta, poderá o devedor resolver ou extinguir a relação obrigacional, retornando ambas as partes ao *status quo ante* em que estavam inseridas.

Em consonância com o entendimento de Nader (2016), tal critério demonstra-se justo. Isso porque, ocorrendo perda, total ou parcial, da coisa, os seus prejuízos incidem sobre o patrimônio do devedor, buscando evitar que esse se enriqueça ilicitamente. Em relação aos melhoramentos e acréscimos à coisa, a legislação cogente autoriza o devedor a exigir do credor o aumento no preço, conforme delineado anteriormente.

Denote-se que, em consonância com o lecionado por Mello (2017), na obrigação de dar coisa certa, o objeto da prestação consiste em uma coisa certa e determinada, dotada,

portanto, de individualidade. Nessa toada, o devedor é obrigado a entregar a coisa certa estipulada no instrumento contratual ao credor, não podendo esse ser compelido a receber outra coisa, ainda que mais valiosa. Ademais, o artigo 313 do Código Civil preconiza que “o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa”.

Tal diretriz está consubstanciada no art. 237 do Código Civil, *ipsis litteris*: “até a tradição pertence ao devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acréscidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação”, uma vez que o dispositivo é inequívoco ao descrever que se atribui ao patrimônio do devedor os melhoramentos e acréscidos que possam recair sobre a coisa antes da tradição.

Para o entendimento preciso dos termos previstos na legislação brasileira, Gonçalves (2017) evidencia a conceituação dos termos a seguir. Para o autor, melhoramento designa tudo que indique mudança para melhor da coisa em seus quesitos de valor, utilidade, comodidade, condição e estado físico. Já acréscido é tudo que se ajunta a uma coisa, considerada principal, ou, em outras palavras, tudo que se acrescenta à coisa, aumentando-a em quantidade. Importante também é elucidar o termo frutos, conceituado pelo referido autor como elemento acessório periodicamente produzido pela coisa, o qual nasce e renasce da coisa, sem acarretar-lhe a destruição total ou parcial, como é o caso das frutas das árvores, cereais, as crias dos seres vivos etc.

No que tange a melhoramentos em coisas, Nader (2016) expõe alguns pontos que merecem ser listados nessa pesquisa. Para o autor, o termo deve ser interpretado restritivamente, visto que, após o negócio jurídico e antes da tradição, o devedor poderia executar benfeitorias voluptuárias, voltadas ao embelezamento ou a mero deleite, entre outras modificações, objetivando somente cobrá-las posteriormente.

Para a Doutrina majoritária, melhoramentos ou acréscimos devem ser resultantes de fatos naturais, como é o caso dos eventos de acessões dispostos no artigo 1.248 do Código Civil, ou de iniciativa de terceiros, além de englobarem as benfeitorias necessárias e úteis produzidas artificialmente pelo ser humano com o fito de conservar ou melhorar a utilidade da coisa.

Conforme Nader (2016) e considerando o entendimento dos estudiosos da temática, caso o devedor, de boa-fé, tenha construído benfeitorias voluptuárias com o consentimento tácito ou expresso do credor, há de se prevalecer a interpretação declarativa do artigo de lei em questão.

Nader (2016) explana que os frutos percebidos em uma relação obrigacional de dar coisa certa pertencem ao devedor, proprietário da coisa, enquanto os pendentes cabem ao credor. Se o devedor estiver em mora, os frutos que eram pendentes, quando a prestação jurídica deveria ser efetivada, e foram percebidos pelo devedor, tal situação gera direito ao ressarcimento ao credor dos mencionados frutos não usufruídos. Agindo de má-fé o devedor, colhendo prematuramente os frutos, que deveriam ser pendentes por ocasião da tradição, deverá, também, ressarcir ao credor.

## **7. OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR QUANDO ENVOLVE DETERIORAÇÃO E PERDA DO BEM**

O artigo 239 do Código Civil é taxativo ao delinear que, caso o devedor não consiga cumprir a obrigação ora colimada com o comprador, tendo em vista que a coisa compromissada não tenha sido entregue, por motivos de perda ou perecimento, cabe a este responder pelos valores pactuados e, não obstante, por perdas e danos, se assim couber.

Faz-se mister a compreensão de alguns dispositivos para auxiliar o pleno entendimento de relações obrigacionais de restituição de coisa certa quando há hipótese de sua deterioração ou seu perecimento. Sendo assim, deve-se elucidar, preliminarmente, os conceitos de tradição, casos fortuitos e força maior.

A tradição constitui a entrega da coisa, todavia, assevera Pereira (2017, p. 66) que “a propriedade não se transfere pelo contrato, exigindo-se a tradição para coisas móveis e a inscrição do título no Registro, para as imóveis (...)”. Adicionalmente, o doutrinador Gonçalves (2012) corrobora a tese de que a simples elaboração de instrumento contratual entres as partes, por si só, não configura a tradição, sendo estabelecidos nele pelas partes assinantes apenas obrigações e direitos.

Para eventos cujo nascedouro encontra-se ancorado em casos fortuito ou de força maior, conforme esculpido no art. 393 do Código Civil, ficam estabelecidas salvaguardas ao devedor que, em razão alheia às suas vontades, não pode adimplir as suas obrigações.

Os casos fortuitos, apesar de decorrerem de atos de humanos, são imprevisíveis e inevitáveis, que desembocam na impossibilidade do cumprimento de uma obrigação. Para exemplificar, tem-se o movimento grevista de uma determinada categoria. Já a força maior trata de eventos imprevisíveis ou de difícil previsão e inevitáveis, oriundos de manifestações da natureza ou eventos externos, independentemente, assim, da conduta humana, tais como raios e tempestades.

Relativamente aos efeitos de um inadimplemento obrigacional, deve-se trazer à baila a Teoria do Risco. Ela traz consigo os elementos que alteram, parcial ou totalmente,

o estado da coisa. Para Pereira (2017), a aludida teoria consubstancia-se no risco de deterioração ou perda a que a coisa se encontra exposta.

Atinente à deterioração parcial da coisa, no caso de não haver culpa do devedor, o autor Gonçalves (2012) descreve que poderá o comprador: receber a coisa no estado em que se encontra, sendo resguardado a ele uma reavaliação de preço, com abatimento proporcional do valor da coisa de acordo com o dano sofrido; ou cancelar/resolver/extinguir o negócio, já que a coisa no estado atual em que se encontra não lhe interessa. Por outro lado, se houver culpa do devedor, fica estabelecida a mesma regra da situação anterior, havendo apenas uma ressalva nesse caso, conforme preceituado no art. 236 do Código Civil, pois, desde que comprovada a referida culpa, cabe ao comprador a indenização por perdas e danos, resultantes da conduta do vendedor.

Tendo acontecido o perecimento (perda total) da coisa antes de sua transmissão para o comprador, faz-se necessário apurar se as circunstâncias narradas ocorreram por culpa ou não do devedor. Para Gonçalves (2012), o devedor, por força de contratual, está obrigado a entregar coisa certa. Entretanto, em virtude de fatos estranhos à sua vontade, o devedor não consegue conservar a coisa, restando a extinção da obrigação. Diametralmente oposto, se o devedor concorreu, culposamente, para perda da coisa, ele deverá ser responsabilizado pelo valor da coisa perdida, além de mais perdas e danos, conforme disposto no art. 234 do Código Civil.

Em relação à obrigação de restituir coisa certa, em que a coisa pertence ao credor, devem-se traçar algumas explicações. Conforme Nader (2016), na hipótese de perda parcial (deterioração) do objeto antes da tradição no caso da obrigação em tela, estando a coisa sob o domínio do devedor e não ocorrendo culpa dele, o credor receberá a coisa no estado em que se encontra e sem direito à indenização. Nesse caso, esclarece-se que a indenização é incabível, tendo em vista que a deterioração parcial se efetivou devido a caso fortuito ou força maior. Na situação inversa, segundo o suprarreferido autor, sendo o fato provocado por culpa do devedor, o credor deverá receber a coisa no estado em que ela se encontra, contudo ele possui direito à indenização pela deterioração parcial da coisa e eventuais perdas e danos.

No caso de perecimento da coisa certa em obrigação a restituir, o art. 240 do Código Civil determina a aplicação do disposto no art. 239, em caso de culpa do devedor. Assim sendo, na hipótese de perda total com culpa do devedor, o arcabouço jurídico-constitucional consigna que ao credor caberá indenização pelo valor equivalente ao objeto perdido vinculado à prestação obrigacional, além de perdas e danos, se houver.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**



O presente trabalho buscou mostrar as principais modalidades de obrigação envolvendo um bem jurídico ou uma coisa certa e presentes no campo do Direito. Nesse sentido, verificou-se que a formação de institutos obrigacionais foi paulatina, sofrendo mudanças desde os tempos mais remotos e acompanhando os objetivos fundamentais de interesse coletivo social.

Constatou-se que o direito de obrigações brasileiro está balizado, principalmente, no Código Civil, que estabelece um conjunto de regras e princípios com o fito de compreensão das relações jurídicas que permeiam os atos decorrentes da autonomia privada e atinentes à esfera patrimonial de cada indivíduo.

Verificou-se que, para a efetiva aplicação da legislação aos casos contratuais concretos, o ordenamento jurídico-constitucional utiliza-se de princípios da dignidade da pessoa humana, que se reflete na função social das transações executadas cotidianamente, e da eticidade, que se desdobra em aspectos de boa-fé ou má-fé do ser humano.

Nesse contexto, importa consubstanciar que todo o arcabouço legislativo visa à circulação livre, respeitosa e justa das diversas riquezas presentes no complexo jurídico-social. Tal enquadramento normativo instaura limites consolidados na ordem jurídica às relações sociais, de modo que haja previsões de sanções a comportamentos que possam se desviar de uma relação contratual preexistente.

Vale pontuar, adicionalmente, que, no campo obrigacional, como se verificou na abordagem de todo o trabalho, o interesse recíproco com o fim do bem coletivo deve prevalecer, eliminando-se, assim, atitudes egoístas e maliciosas que possam contaminar um vínculo jurídico em uma obrigação.

Portanto, o Direito das obrigações se mostra como uma ferramenta imprescindível para o desenvolvimento econômico-social de toda a humanidade, visto que está presente em basicamente todos os atos da vida civil envolvendo questões alusivas à esfera patrimonial que podem ter reflexos extrapatrimoniais.

## 9. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**. 8. ed. Belo Horizonte: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instruções de Direito Civil**. 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

## **A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL COMO MEIO DE GARANTIR A LIBERDADE EM PRISÕES INDEVIDAS**

**RILDO FUKUYOSHI WATANABE:**  
Acadêmico (a) de Ciências Jurídicas do  
Centro Universitário Alfredo Nasser.

Dr. HUMBERTO CÉSAR MACHADO<sup>302</sup>

(orientador)

**RESUMO:** O presente tema aborda a importância da identificação criminal como meio de garantir a liberdade em prisões indevidas que acontecem com determinada frequência durante a execução de mandados de prisão. Tal contrariedade é recorrente nos meios midiáticos que, além do cerceamento da liberdade de locomoção, pode acarretar em consequências psicológicas não mensuráveis através de alguma indenização pecuniária. Propõe-se a demonstração dos primeiros processos de identificação mais simples aos atuais, e também, sua evolução legal brasileira, além da ênfase aos procedimentos que poderiam ser utilizados com fim de reduzir a incidência da casuística que acontece com frequência. O tipo de pesquisa do presente artigo, foi a revisão bibliográfica utilizando a pesquisa de livros e leis inerentes ao tema, empregando ainda o método dedutivo em relação aos objetivos para conclusão de ser incontestável a utilização de todos os meios biométricos disponíveis para realização de uma identificação criminal capaz de discernir todas as características possíveis de pessoas que possuam um mandado de prisão em aberto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos. Identificação Criminal. Direito Processual Penal. Impressão Digital. Identificação Humana.

**ABSTRACT:** The present theme approaches the importance of criminal identification as a means to guarantee freedom in undue arrests that happen with certain frequency during the execution of arrest warrants. Such contrariness is recurrent in the media that, besides the curtailment of freedom of movement, can lead to psychological consequences not measurable through some monetary compensation. It is proposed the demonstration of

---

<sup>302</sup> Orientador. Dr. Humberto César Machado Pós Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC GO (2016); Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC GO (2013); Mestre em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC GO (2006); Especialista em História pela Universidade Federal de Goiás – UFG (2002); Graduado em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (1996); Graduado em Pedagogia pela ISCECAP (2018); Elemento Credenciado Fatores Humanos e Prevenção de Acidentes Aéreos pelo CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos); Professor Coreógrafo e Dançarino de Salão; Membro do Comitê de Ética e Pesquisa e Professor do Centro Universitário Alfredo Nasser – UNIFAN e professor da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC – GO); e-mail: humberto.cesar@unifan.edu.br.

the first processes of identification, simpler to the current ones, and also, its Brazilian legal evolution, besides the emphasis on the procedures that could be used in order to reduce the incidence of the casuistry that happens frequently. The type of research of the present article was the bibliographical revision using the research of books and laws inherent to the theme, also employing the deductive method in relation to the objectives for the conclusion of being incontestable the use of all biometric means available for the accomplishment of a criminal identification capable to discern all the possible characteristics of people who possess an open warrant of arrest.

**KEYWORDS:** Human rights. Criminal Identification. Criminal Procedural Law. Fingerprint. Human Identification.

**ABSTRACTO:** El presente tema aborda la importancia de la identificación penal como forma de garantizar la libertad en las detenciones indebidas que se producen con cierta frecuencia durante la ejecución de las órdenes de detención. Esta contrariedad es recurrente en los medios de comunicación que, además del recorte de la libertad de movimiento, puede acarrear consecuencias psicológicas no medibles a través de alguna compensación pecuniaria. Se propone la demostración de los primeros procesos de identificación más simples a los actuales, y también, su evolución legal brasileña, además del énfasis en los procedimientos que podrían ser utilizados para reducir la incidencia de la casuística que ocurre con frecuencia. El tipo de investigación del presente artículo, fue la revisión bibliográfica utilizando la investigación de libros y leyes inherentes al tema, utilizando también el método deductivo en relación a los objetivos para la conclusión de ser incontestable el uso de todos los medios biométricos disponibles para la realización de una identificación criminal capaz de discernir todas las características posibles de las personas que poseen una orden de detención abierta.

**PALABRAS CLAVE:** Derechos humanos. Identificación Criminal. Derecho Procesal Penal. Impresión digital. Identificación Humana.

## INTRODUÇÃO

Tratando-se sobre o processo de identificação criminal, se tornou comum o fato de que a maioria das pessoas assimila à expressão vulgarmente nomeada como “tocar piano”, uma coleta das impressões digitais e fotografias para identificar um indivíduo semelhante à confecção de um documento civil. Entretanto, grande parte desconhece a importância da identificação criminal como meio de garantir a liberdade em prisões indevidas, principalmente, nos equívocos que acontecem com determinada frequência durante a execução de mandados de prisão. Esse tipo de ocorrência não é exclusividade do Brasil, visto que em diversos países podem-se encontrar tais exemplos.

A problemática é recorrente; tornando-se comum avistar nos meios midiáticos, pessoas que são presas indevidamente, e após certo tempo, conseguem comprovar sua inocência para adquirir a sua liberdade novamente. Todavia, podem existir aqueles que não conseguem comprovar e continuar com o seu direito de locomoção cerceado indefinidamente. Outro quesito que pode ser levantado após a sua saída é como um terceiro de boa-fé fica afetado psicologicamente com essa experiência traumática. Infelizmente, uma indenização de danos materiais e morais não recuperam a sanidade mental e dignidade da pessoa humana.

O estudo do tema tem por objetivo geral demonstrar desde os primeiros processos de identificação criminal mais simples, alguns que inclusive podem ser considerados desumanos nos tempos atuais, e a sua evolução legal brasileira, dando ênfase aos procedimentos que poderiam ser utilizados para reduzir a incidência da casuística frequente.

Nesse contexto, é importante demonstrar como a identificação criminal pode ser utilizada para resguardar o direito à liberdade, um dos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal e presente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos. É através desse procedimento que se pode reduzir a quantidade de equívocos, conseguindo individualizar as pessoas através dos dados biométricos, como as impressões digitais que apresentam características que comprovam a sua cientificidade para serem utilizadas como um meio de prova que pode reconhecer que alguém foi preso indevidamente. Outro fator que pode ser pontuado é em relação ao seu custo muito irrisório quando comparado ao exame de DNA ou pela íris dos olhos.

O tipo de pesquisa utilizada no presente artigo foi aplicado para desenvolver um método para solucionar o problema, com uma descritiva baseada em pesquisa, livros e leis inerentes ao tema; qualitativa quanto à necessidade de evitar equívocos por parte do Estado, utilizando ainda o método dedutivo em relação aos objetivos para proporcionar um procedimento que pode reduzir a ocorrência das adversidades do cumprimento de mandados de prisão. O estudo terá caráter essencialmente qualitativo, com destaque na observação e estudo documental.

Os resultados a serem encontrados no artigo demonstram como a identificação criminal pode ser utilizada de forma benéfica para as pessoas inocentes e reduzir dessa forma o sentimento que a sociedade tem, de que a mesma só existe como um viés criminal. Ao adotar um procedimento científico para se individualizar, a pessoa no qual se destina um mandado de prisão, os equívocos esperados quanto ao seu cumprimento deveriam ser próximos a zero.

## **1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

Desde os primórdios do convívio social dos indivíduos, existiu a necessidade de se identificar e individualizar cada pessoa de modo a permitir determinar as distinções entre as mesmas. A forma mais básica foram os nomes, contudo, existe uma limitação acerca da quantidade destes, o que pode acarretar na ocorrência de homônimos, quando duas pessoas possuem o mesmo nome próprio. Devido a essa limitação nominal, surgiu a necessidade de criar diversas formas para distinguir os indivíduos.

Uma das primeiras formas de identificação no âmbito criminal foi a utilização de anotações, como exemplo o nome e algumas características físicas. Embora incipiente fosse o início dos processos para individualizar cada um, a questão dos homônimos e as características físicas também eram comuns em algumas etnias, o que poderia ocasionar em prisões indevidas de pessoas inocentes cerceando um dos principais direitos que é a liberdade presente na Carta Magna e também na Declaração Universal dos Direitos Humanos (NUCCI, 2021).

Um processo de identificação criminal considerado desumano para os tempos atuais, quando ainda não existia a preocupação com os direitos humanos, era o “ferrete”. Tal consistia na utilização de uma ferramenta de metal, normalmente ferro com algum símbolo, aquecida até ficar vermelha e prensada contra o corpo para gravar um sinal correspondente a um determinado crime, muito semelhante ao procedimento utilizado para marcar os animais. Ainda foi utilizado um procedimento mais cruel, a mutilação. Consistia na retirada de partes ou órgãos do corpo humano como mãos, dedos, pés, orelhas e demais a depender da gravidade do crime, muito utilizado na idade média (FRANÇA, 2017).

Embora atualmente seja comum o uso de tatuagens, antigamente eram utilizados também de acordo com seus crimes, sendo símbolos ou códigos. Apesar de um processo vetusto, ainda é possível encontrar algumas que em determinados nichos representam crimes, como em populações carcerárias e por consequência, em organizações criminosas para identificação (CROCE, 2006).

O procedimento fotográfico foi outro método adotado para realizar a identificação. Porém, ainda apresentava algumas falhas. A ocorrência de características comuns entre as pessoas poderia ocasionar um erro em uma identificação posterior, não somente em irmãos gêmeos, como também, em sócias, visto não haver garantia de certeza quanto à identificação. Este procedimento ainda é utilizado, contudo não isoladamente, acompanhado de outro processo, o datiloscópico (BITTAR, 2018).

O processo datiloscópico, utilizado atualmente, apresenta algumas características científicas que comprovam sua eficiência, como a imutabilidade, característica que garante que a impressão não será alterada durante o tempo. Perenidade é outra característica



importante que torna a impressão um método viável presente até em cadáveres mumificados, no qual, com o devido tratamento, podem ser parcialmente ou completamente restauradas a depender do estado a qual fora encontrado e o estágio em decomposição. A variabilidade é algo que a torna única em cada indivíduo, inexistindo pessoas com a mesma impressão digital reafirmando assim sua cientificidade (PEREIRA, 2001).

Outro processo adotado na atualidade, também presente no ordenamento jurídico, é o DNA. Não sendo um procedimento comum, todavia, poderá ser incluída a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético quando o DNA for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial do Ministério Público ou da defesa. Como material biológico coletado em local de crime no qual não seja da vítima, ou em crimes de violência sexual (LIMA, 2021).

Com o advento da Lei 12.037/19 que dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, é mister destacar que pode ocorrer quando o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; for essencial às investigações policiais; segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial do Ministério Público ou da defesa; constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; ou o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais (BRASIL, 2009).

Quando houver necessidade de identificação, a autoridade encarregada tomará as providências necessárias para evitar o constrangimento, garantindo dessa forma a dignidade da pessoa humana. Este reconhecimento incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, do inquérito policial ou outra forma de investigação. Além dos processos citados, pode-se incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético. Quanto ao material coletado e aos dados relacionados à coleta do perfil genético, devem ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos gerenciado por unidade oficial de perícia criminal (BRASIL, 2009).

É vedado mencionar a identificação criminal do indiciado em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Garantia que está prevista na Carta Magna, a qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal

condenatória (art. 5º, LVII, CF), visto que a persecução penal ainda está em andamento ou na fase recursal (LOPES JR, 2019).

Com o advento da lei 13.694/2019 que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, fica autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multi Biométrico e de Impressões Digitais. Elementos como a formação, a gestão e o acesso, serão regulamentados em ato do Poder Executivo Federal. Esse banco tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais e/ou distritais. E ainda será integrado pelos registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal (FERREIRA, 2020).

## **2. A IMPORTÂNCIA DA IDENTIFICAÇÃO CRIMINAL**

Um dos direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) está em seu Artigo 13, expressando que “todo ser humano tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.” (DUDH, 1948). Embora no ordenamento jurídico atual a prisão seja o último recurso a ser utilizado, este direito pode ser cerceado através de uma sentença penal condenatória na qual um dos efeitos impostos pode ser a pena privativa de liberdade que, por consequência, é expedido um mandado de prisão pela autoridade judiciária para execução do mesmo (BRASIL, 1941).

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais que está presente na Constituição Federal, inclusive, presente também na Declaração Universal dos Direitos Humanos em diversos artigos da mesma. Dentre os valores da mesma, temos algumas gerações de direitos humanos, as quais se destacam os de primeira geração, envolvendo o direito à vida, à propriedade, de religião, de locomoção e inúmeros outros decorrentes com um caráter negativo e voltado para o Estado (PIOVESAN, 2021). É indiscutível que o direito à vida seja um dos direitos mais importantes, mas a liberdade é também um desses direitos que o ser humano pode ter e que garantem a dignidade, bem como inúmeras outras que poderiam ser elencadas (MORAES, 2020).

Ainda é recorrente a execução de forma equívoca de prisões indevidas de pessoas inocentes por diversos os motivos quanto a execução do mandado de prisão. Dentre eles, pode-se citar o nome devido ao fenômeno de homônimos para pessoas, coisas ou lugares. Não sendo raro encontrar, por exemplo, uma grande quantia ainda de pessoas coincidentemente com o homônimo dos genitores. Outro fator que pode ser destacado é a questão de sócias que, por definição do mesmo, é a pessoa parecida com outra. É importante ressaltar que não acontece somente em pessoas com algum vínculo familiar, é possível acontecer com pessoas que não possuem nenhuma relação (CROCE, 2006).

O objeto de estudo é voltado à liberdade de locomoção, um dos principais direitos envolvidos ao direito de poder ir e vir sem as restrições impostas pelo Estado, porém a mesma pode ser suspensa através de uma condenação da restrição de liberdade pelo Poder Judiciário (BARROSO, 2020). Não é tema de o presente artigo determinar ou avaliar se a pena é digna, e sim, de como a mesma é cumprida por terceiros inocentes e que tiveram o infortúnio de ter algumas características semelhantes, seja física ou nominal, de algum condenado que, por vezes, acabam presos por erros do Estado e da ineficácia de determinar devidamente os apenados com a maior precisão possível (DUDH, 1948).

Não é raro ser noticiado em algum meio midiático, casos de pessoas que foram presas indevidamente e que ficaram anos em uma cadeia simplesmente por ter o mesmo nome ou por apresentar alguma semelhança física com algum foragido com mandado de prisão em aberto. Esses casos são recorrentes não somente no Brasil, mas em diversos outros países, e com o tempo, ainda persistindo em se repetir, prejudicando terceiros de boa-fé que tiveram a infelicidade de apresentar alguma semelhança daquele que foi condenado.

Embora esteja previsto de forma expressa no Código de Processo Penal (CPP) no art. 381, inc. I, que a sentença conterà os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las; e complementando, uma forma de identificação no mandado de prisão prevista no mesmo código no parágrafo único do art. 285, alínea b, que designará a pessoa que tiver de ser preso, por seu nome, alcunha ou sinais característicos (BRASIL, 1941).

A identificação criminal como meio de garantir a dignidade da pessoa humana em prisões indevidas é de grande importância para suprimir esses equívocos devido à recorrência do fato e com o objetivo de conseguir individualizar o apenado do inocente. Faz-se imensurável e irreparável a experiência traumática que o indivíduo injustiçado tem de carregar após tal fato, independente do lapso temporal de um dia ou anos, até que tenha a liberdade adquirida, ou na pior das hipóteses, vir a óbito.

Atualmente é de conhecimento notório as condições em que se encontram os estabelecimentos destinados à reclusão dos condenados pela justiça, sejam pela precariedade do local ou pela insalubridade. Embora não seja objeto desse estudo, é importante destacar que essas são as condições e o ambiente em que os condenados estão expostos, logo, não tendo como mensurar o que um indivíduo preso indevidamente pode estar suscetível em tal ambiente; nem quaisquer tipos de sequelas, físicas ou psicológicas, o qual este encontra-se suscetível à adquirir após sua saída, quando o é permitido. É justo reafirmar que não há indenização que possa ressarcir ou mensurar o sofrimento de uma pessoa que nunca cometeu um crime ao ficar em regime de reclusão (PIOVESAN, 2021).

Presente na Lei Maior, e em diversos dispositivos legais do sistema pátrio, há vários dispositivos em que se prevalece à liberdade. A restrição da mesma não é regra, para tanto, é possível ocorrer a suspensão condicional da pena para as condenações em determinados prazos e, que se preenchidos os requisitos e seguidas as devidas condições impostas ao indivíduo, o mesmo não terá seu direito de liberdade cerceado, mecanismo esse que está previsto na Lei 9.099/1995, regulando tal tipo de suspensão condicional (BRASIL, 1995).

Embora tenha previsão constitucional desde 1988, quando foi promulgada a atual Constituição Federal no que tange ao tema em seu art 5º, inc LVIII, "o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei", esta é uma norma de eficácia contida, isto é, possui aplicabilidade imediata, direta, mas não integral (SILVA, 2015).

Entretanto, havia a previsão para as hipóteses previstas em lei que poderiam permitir o procedimento mesmo ao civilmente identificado, norma esta que atualmente está regulamentada pela Lei 12.037/2009, que dispõe sobre o assunto. Para mais, houve o acréscimo com a Lei 12.654/12, da possibilidade de coletar material biológico para obtenção do perfil genético e recentemente, com a Lei 13.964/2019, aperfeiçoa-se a legislação penal e processual penal na qual ficou autorizado a criação do Banco Nacional Multi Biométrico e de Impressões Digitais. Com a unificação em um banco nacional, tende a reduzir as prisões de terceiros de boa-fé.

É mister destacar que embora apresentado documento, poderá ocorrer identificação criminal quando tal apresentar rasura, ou tiver indício de falsificação; for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial do Ministério Público ou da defesa.

Há outras hipóteses no qual se torna cabível, como o constar de registros policiais ao uso de outros nomes ou diferentes qualificações; o estado de conservação, a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado, impossibilitando a completa identificação dos caracteres essenciais. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado (BRASIL, 2009).

O processo histórico mostra que, embora iniciado de forma arcaica com apenas algumas anotações de nomes, simples fotografias das pessoas ou até mesmo procedimentos considerados desumanos; a mesma passou por inúmeras melhorias corrigindo tais erros existentes, os quais violam claramente os direitos humanos hoje

consagrados em diversos dispositivos legais internacionais e do sistema pátrio. Com o decorrer do tempo, foi nítida a evolução do processo de identificação criminal (FRANÇA, 2017).

O procedimento de identificação criminal é o meio pelo qual podemos individualizar e distinguir uma pessoa de outra, indo muito além do que uma simples anotação nominal da pessoa ou foto do mesmo. É um processo completo que envolve diversos procedimentos, como o processo datiloscópico. Tal processo se trata da coleta de impressões digitais e o fotográfico; a depender da situação, poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, aumentando dessa forma a cientificidade e certeza que não ocorrerão prisões indevidas por alguém apresentar alguma semelhança com outra pessoa.

A precisão de forma científica mostra que é possível reduzir o número de equívocos cometidos pelo Estado quanto à sua execução dos mandados de prisão em aberto. Além disso, cabe reforçar que não deve ser utilizado de forma isolada o reconhecimento fotográfico, é uma prova inanimada de forma relativa e não absoluta, podendo ser utilizada, mas de forma complementar aos procedimentos citados anteriormente, sendo atualmente, considerada de valor relativo (LOPES JR, 2019).

É importante dar um destaque especial às impressões digitais que possuem três propriedades, aumentando a relevância de sua utilização: a perenidade, formadas desde a vida intra-uterina, podendo conservar-se durante a vida e até depois da morte, presente até em múmias, a depender da conservação sendo destruídas pela putrefação; a imutabilidade, que torna único cada desenho formado pelas cristas papilares, como exemplo, mesmo sofrendo queimaduras, tais reaparecem após certo período, são indestrutíveis e não se modificam pela vontade da pessoa, portanto imutáveis. E por fim, a variedade, outro fator importante, que são individuais e não foram encontradas até hoje duas impressões digitais idênticas entre milhões já coletados, nem mesmo em gêmeos univitelinos. Os desenhos são absolutamente distintos (CROCE, 2006).

As informações contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto, a determinação de gênero, consoante às normas constitucionais e internacionais sobre direitos e genoma humanos. Os dados constantes dos bancos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente àquele que permitir e/ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial. Além disso, as informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado (BRASIL, 2019).

No que tange a questão do material genético com o advento da lei 13.694/2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, trouxe o acréscimo de outros



dispositivos. No caso de não oferecimento da denúncia, sua rejeição ou absolvição, é facultado ao indiciado ou ao réu, após o arquivamento definitivo do inquérito ou trânsito em julgado da sentença, requerer a retirada da identificação fotográfica do inquérito ou processo, desde que este apresente provas de sua identificação civil. Outra alteração importante, ainda prevê que é possível a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados o qual ocorrerá em duas hipóteses: no caso de absolvição do acusado, e no caso de condenação do acusado, mediante requerimento, após decorridos 20 (vinte) anos do cumprimento da pena (BRASIL, 2019).

Essa mesma lei que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, deixou autorizada a criação, no Ministério da Justiça e Segurança Pública, do Banco Nacional Multi Biométrico e de Impressões Digitais (BNMBID); a formação, gestão e o acesso, serão regulamentados em ato do Poder Executivo Federal. Esse banco tem como objetivo armazenar dados de registros biométricos, de impressões digitais e, quando possível, de íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais federais, estaduais ou distritais. E ainda será integrado pelos registros biométricos, desde impressões digitais, de íris, face e voz colhidos em investigações criminais ou por ocasião da identificação criminal (BRASIL, 2009).

Poderão ser colhidos os registros biométricos, de impressões digitais, de íris, face e voz dos presos provisórios ou definitivos, quando não tiverem sido extraídos por ocasião da identificação criminal. Poderão integrar o BNMBID, ou com ele interoperar, os dados de registros constantes em quaisquer bancos de dados geridos por órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal, estadual e distrital, inclusive pelo Tribunal Superior Eleitoral e pelos Institutos de Identificação Civil. No caso de bancos de dados de identificação de natureza civil, administrativa ou eleitoral, a integração ou o compartilhamento dos registros do BNMBID será limitado às impressões digitais e às informações necessárias para identificação do seu titular (BRASIL, 2009).

A integração ou a interoperação dos dados de registros multi biométricos constantes de outros bancos de dados com o BNMBID, ocorrerá por meio de acordo ou convênio com a unidade gestora. Os dados constantes deste banco, terão caráter sigiloso, e aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial, responderá civil, penal e administrativamente (BRASIL, 2009).

As informações obtidas à partir da coincidência de registros biométricos relacionados a crimes, deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial habilitado. É vedada a comercialização, total ou parcial, da base de dados do BNMBID. A autoridade policial e o Ministério Público poderão requerer ao juiz competente, no caso



de inquérito ou ação penal instaurados, o acesso ao Banco Nacional Multi Biométrico e de Impressões Digitais (BRASIL, 2009).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os aspectos apresentados, evidencia-se a importância que o direito à liberdade tem em compor um dos Direitos Humanos de primeira geração. É mister destacar a necessidade de realizar uma identificação criminal capaz de individualizar o condenado com a coleta de fotografias, impressões digitais e/ou material genético de modo a evitar a ocorrência de equívocos na execução do mandado de prisão em desfavor de outra pessoa, resultando em uma prisão indevida de um inocente apenas pelo simples fato de ter um nome igual ou ter a aparência física semelhante ao culpado.

Outro fator a ser destacado é o dano imensurável e irreparável de forma pecuniária, causado ao inocente. Não há o que se discutir o tamanho da injustiça que a mesma sofre, podendo ainda nunca ser solta antes de cumprir o período de reclusão ou de conseguir comprovar que é um terceiro de boa-fé, ou às vezes, na pior das hipóteses, vir a óbito. Diante disso, fica demonstrado ainda mais a importância do procedimento adequado para minimizar os equívocos.

Dessa forma fica incontestável a utilização de todos os meios biométricos disponíveis para realizar uma identificação criminal capaz de discernir todas as características possíveis de pessoas que possuam um mandado de prisão em aberto. A metodologia do procedimento de identificação, em especial a utilização de impressões digitais, apresentou critérios de cientificidade para ser um dos principais meios utilizados, com ênfase, inclusive, na criação de um banco nacional dessas impressões. Outros meios podem ser empregados, como o material genético e a íris que também apresentam critérios científicos; porém, com um ponto negativo acerca do alto custo envolvendo tais tecnologias.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BITTAR, Neusa. **Medicina Legal e Noções de Criminalística**. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1941. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Alteram as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm)> Acesso em: 13 de setembro de 2021.

Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 1º de outubro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)>. Acesso em: 13 de setembro de 2021.

CROCE, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Medicina Legal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

**DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 13 de junho de 2021.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Medicina Legal**. 1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

GRECO, Rogério. DOUGLAS, William. **Medicina Legal à Luz do Direito Penal e do Direito Processual Penal: teoria resumida**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 9 ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 21 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2021.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

PEREIRA, Gerson Odilon. **Medicina Legal**. Maceió: Universidade Federal de Medicina de Alagoas. 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, Eduardo dos. **Direito Constitucional Sistematizado**. Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8 ed. São Paulo, Malheiros, 2015.

## **ANÁLISE DOS ARTIGOS 4º E 14º DA MEDIDA PROVISÓRIA 927/2020, EDITADA NO CENÁRIO DA PANDEMIA DO COVID-19, E AS CONSEQUÊNCIAS NA ESFERA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO TELETRABALHO**

**FERNANDO TANDELLI:**  
graduando em Direito pela  
Faculdade Serra do Carmo.

MURILO BRAZ VIEIRA<sup>303</sup>  
(orientador)

**RESUMO:** Esta pesquisa trata-se de uma investigação de abordagem quanti-qualitativa e descritiva, que tem como objetivo demonstrar de que forma a existência da legislação supramencionada impactou as relações de emprego durante sua vigência, e, partindo da premissa de que existe um processo de precarização da mão de obra que perpassa pela flexibilização das leis trabalhistas com a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), determinar de que forma a edição da Medida Provisória nº 927/2020 influenciou as relações de trabalho diante de um cenário de pandemia e de uma economia instável, tendo em vista que foram medidas adotadas de forma excepcional durante a pandemia do COVID-19, mas, que geram efeitos no campo jurídico, como, por exemplo, a reflexão gerada em torno do teletrabalho, artigos 4º e 5º, que foi uma modalidade amplamente utilizada como alternativa ao isolamento, mas gera diversas consequências, inclusive, de ordem jurídica e social, para os trabalhadores, e, ainda, de compensação de jornadas extraordinárias por meio de bancos de horas, seja em favor do empregado ou do empregador, mediante previsão contratual estipulando as condições, conforme disposição do artigo 14º da norma. As fontes de pesquisa primária são: livros, legislação específica e geral, relatórios técnicos, dissertações, artigos e projetos de estudo em curso. As fontes secundárias são: artigos de revisão e documentários sobre o tema. E, por fim, as fontes terciárias são: bibliografias de bibliografias e resumos. A coleta de dados tangentes ao tema, que são necessários para uma compreensão mais aprofundada, foram acessados através de ferramentas de pesquisa como o IBGE, SciELO, LILACS e Google Acadêmico, trazendo uma perspectiva de estatísticas para as indagações que movem o estudo em questão. É substancial identificar de que forma a Medida Provisória em questão foi importante para a transformação jurídica das condições de trabalho durante e após o estado de calamidade pública, e de que forma a existência da lei em comento impactou o

---

303 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT), Professor (FASEC e UNITINS), Advogado.

mercado de trabalho brasileiro no pós pandemia, evidenciando as principais consequências para a população brasileira.

**Palavras-chave:** Artigo 4º. Artigo 14º. Medida Provisória 927. Pandemia. Teletrabalho.

**ABSTRACT:** This research is an investigation of a quanti-qualitative and descriptive approach, which aims to demonstrate how the existence of the aforementioned legislation impacted the employment relations during its validity. Based on the premise that there is a process of labor precarization that goes through the flexibilization of labor laws with the Labor Reform (Law no. 13. 467/2017), this study intends to determine how the edition of the MP nº 927/2020 influenced labor relations in the face of a pandemic scenario and an unstable economy, considering that they were measures adopted in an exceptional basis during the COVID-19 pandemic that generate effects in the legal field, such as, the attention around remote work, in the articles 4 and 5, which was a modality widely used as an alternative to isolation but generates several consequences, including legal and social aftereffect for Brazilian workers, and, besides that, the compensation of overtime through hour banks, either in favor of the employee or the employer, by means of a contractual provision stipulating the conditions, as provided for in article 14 of the regulation. The primary research sources are: books, specific and general legislation, technical reports, dissertations, articles, and ongoing study projects. The secondary sources are: review articles and documentaries on the theme. And, finally, the tertiary sources are: bibliographies of bibliographies and abstracts. And, the data collections that are tangential to the theme, which are necessary for a deeper understanding, were accessed through research tools such as IBGE, SciELO, LILACS, and Google Academic, bringing a perspective of statistics for the inquiries that move the study in question. It is substantial to identify how the MP nº 9272020 was important for the legal transformation of working conditions during and after the state of public calamity, and how the existence of the law in question impacted the Brazilian labor market in the post-pandemic period, highlighting the main effects for the Brazilian population.

**Keywords:** Article 4º. Article 14º. Pandemic. Provisional Measure 927. Remote Work.

## 1 INTRODUÇÃO

Diante de um cenário de alto índice de desemprego, mesmo após a edição da Lei nº 13.467/2017, que flexibiliza direitos trabalhistas, e, ainda, considerando o fenômeno da uberização do trabalho, e, por fim, o cenário da pandemia criada pelo alastramento do Sars-CoV-2

Percebe-se que vários foram os fatores que culminaram na edição Medida Provisória nº 927/2020 e, são várias as complicações que decorrem da promulgação desta lei, que, inclusive, perdurarão em um cenário de pós-pandemia, mesmo diante da não aceitação da

mesma enquanto lei pelo Congresso Nacional, sendo necessária a análise aprofundada dessa situação social e jurídica, em que o trabalhador ainda se encontra em um lugar jurídico de instabilidade com relação aos seus direitos e deveres, mesmo após a caducidade do diploma legal, em razão da validade dos acordos individuais realizados durante a vigência da lei em comento.

O presente estudo pretende analisar a nova dinâmica das relações de trabalho a partir dos impactos gerados pela edição da norma supracitada, e de medidas correlatas, principalmente, sobre as relações de emprego regidas pela CLT, no que diz respeito a regulamentação da modalidade de teletrabalho, que, inclusive, fomentou o debate jurídico acerca da necessidade de aprofundamento legislativo em torno dessa espécie de prestação de serviço, culminando na inserção de novos dispositivos na CLT por meio da Medida Provisória nº. 1.108/2022.

Ademais, visa uma análise social e jurídica da possibilidade de compensação de jornadas extraordinárias por meio de bancos de horas, seja em favor do empregado ou do empregador, desde que houvesse previsão contratual estipulando as condições.

Assim, é fundamental a análise dos determinantes sociais e jurídicos que culminaram na declaração de estado de calamidade pública, por meio do Decreto Legislativo nº 6/20, resultando na edição da Medida Provisória nº 927/2020, dentre outras, e, por meio de uma investigação de abordagem quanti-qualitativa e descritiva, realizada através de livros, de legislação específica e geral, de relatórios técnicos, de dissertações e de artigos, demonstrar os efeitos reais na esfera socioeconômica e no campo do direito trabalhista, e as consequências para a mão de obra brasileira, mesmo após a caducidade do diploma legal em comento.

## **2 PANDEMIA E O ESTADO DE CALAMIDADE SOCIAL E ECONÔMICO DENTRO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

A conjuntura brasileira ao final de 2019 e início de 2020, meses antes da pandemia do Covid-19 atingir o território brasileiro, dentro da concepção da economia e das relações de trabalho, era de altas taxas de desemprego e percentuais altos de trabalhadores migrando para empregos informais.

O Brasil conta com cerca de 210 milhões de habitantes e uma população economicamente ativa de cerca 106 milhões. Tinha antes da pandemia um percentual em torno de 45% de brasileiros na informalidade e uma taxa de desemprego de aproximadamente 12%, somando assim mais da metade da PDA. (BELMONTE et al, 2020, p. 3).



Em 30 de janeiro do ano de 2020 a OMS - Organização Mundial da Saúde declarou que o nível de contágio pelo 2019-nCoV implicava em uma emergência de saúde pública à nível mundial, e, em março do mesmo ano, determinou que o surto de Covid-19 se tratava de uma pandemia propriamente dita.

Em consequência da posição adotada pela OMS, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 188/2020, em fevereiro de 2020, decretando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional - ESPIN em razão da infecção humana pelo novo Coronavírus, determinando que as orientações no decorrer da pandemia seriam a partir do Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública - COE-nCoV.

De acordo com dados levantados à época, os efeitos econômicos da pandemia foram imediatos, uma vez que a paralisação e o isolamento influenciaram todo o ciclo de produção de bens e serviços, desde a produção da matéria prima até o produto ou o serviço final.

Conforme dados apurados pelo SEBRAE e divulgados na imprensa em 09.04.2020, naquele momento mais de 600 mil empresas já haviam fechado as portas, 30% dos empresários precisaram de empréstimos para manter seus negócios e mais da metade (59,2%) tiveram pedidos negados. (BELMONTE et al, 2020, p. 78).

À medida que a situação da pandemia foi se agravando, novas medidas foram editadas a fim de conter a contaminação e oferecer suporte a população brasileira, independente do seu status, enquanto trabalhador formal e informal, desempregados, e as demais categorias.

Dessarte, a partir do Decreto Legislativo nº 6 de março de 2020, foi oficialmente declarado o Estado de Calamidade Pública, que deu início a edição e publicação de inúmeras normas, transitórias, que regulamentaram diversos ramos do direito, criando uma série de normativas para abarcar o momento de exceção gerado pela pandemia.

Segundo informações coletadas pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 'a taxa de informalidade passou de 41,1% em 2019 para 38,7% em 2020', processo que não tem consequência na melhoria das condições de trabalho ou no processo de formalização da mão de obra informal, e sim no processo de desocupação da população economicamente ativa brasileira nos primeiros meses da pandemia.

Dentre as medidas publicadas, destaca-se a Medida Provisória nº 927/2020 que alterou as relações jurídicas dentro do Direito do Trabalho, elencando medidas de contenção aos efeitos da pandemia na esfera econômica e trabalhista, ou seja, uma ordem

de situações que poderiam vir a amenizar os impactos do isolamento durante o período de pandemia, que incluía a regulamentação e a fomentação do teletrabalho, artigos 4º e 5º da lei, em detrimento da suspensão dos contratos ou da demissão em massa, além da possibilidade de compensação das jornadas extraordinárias através de bancos de horas, em favor do empregado ou do empregador, conforme disposto no artigo 14º da medida em comento.

Belmonte, 2020, conclui que as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020 foram instrumentais na proteção jurídica e social durante a pandemia, tendo em vista a ponderação de disponibilizar alguns direitos constitucionalmente indisponíveis a fim de garantir a vida social plena e o emprego.

A MP 927/2020 trouxe um conjunto de alternativas flexibilizadas em relação à legislação ordinária para as empresas que não pararam. E a MP 936/2020, a redução da jornada com redução salarial e a suspensão temporária do contrato para as empresas que precisaram paralisar total ou parcialmente a sua atividade, mediante complementação ou substituição da remuneração normal por meio de um benefício emergencial calculado sobre o seguro-desemprego, com contrapartida da garantia de emprego para os trabalhadores. (BELMONTE et al, 2020, p. 4).

As medidas supramencionadas foram editadas enquanto diligências excepcionais que visavam a manutenção de empregos e a contenção dos efeitos da pandemia na economia brasileira, o que fica evidente após a caducidade da medida provisória é a incerteza em torno das consequências jurídicas, visto que a medida não foi convertida em lei, mas deu fundamento para a edição de Medidas Provisórias posteriores, como a MP nº 1.108/2022, e os acordos individuais ou coletivos realizados com base neste diploma continuam produzindo efeitos no campo jurídico e na vida individual dos trabalhadores.

### **3 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA MP 927 NAS RELAÇÕES DE TRABALHO**

A relação de trabalho, jurídica e socialmente, gera uma série de consequências para ambas as partes em que se espera uma série de contrapartidas em diversos momentos da relação de trabalho, que visa a permanência do empregado a longo prazo, com dignidade e com qualidade de vida, aspirando ambiente de trabalho favorável que venha a propiciar um nível alto de produção e produtividade.

Considerando o contexto da pandemia, as condicionantes sociais e econômicas foram determinantes para a reconcepção da segurança jurídica estabelecida pela CLT,

devido a necessidade de flexibilização dos direitos e deveres trabalhistas a fim de garantir a manutenção dos vínculos laborais enquanto perdurasse o estado de calamidade pública.

A Medida Provisória nº 927/2020 foi um dos instrumentos normativos utilizados na edição de alternativas dentro do campo trabalhista para garantir a manutenção dos vínculos empregatícios, e trouxe, enquanto alternativa para a obrigatoriedade de isolamento dos indivíduos, a possibilidade do teletrabalho, tema superficialmente previsto no artigo 6º e nos artigos 75-A a 75-E do capítulo II-A da CLT (redação dada pela Lei nº 13.467/2017).

Os artigos 4º e 5º da Medida Provisória nº 927/2020 estabeleceram, em síntese, a facilidade de alteração unilateral da modalidade presencial para o teletrabalho, sem a necessidade de aditivo contratual; a redução, para até 48 horas, do prazo de aviso prévio por meio de notificação do empregado; e, ainda, caso o empregado não tivesse os recursos necessários no seu domicílio, as despesas relativas a infraestrutura e aos recursos para realização das atividades laborais deveriam ser fornecidas pelo empregador em regime de comodato ou, em caso de impossibilidade, deixar o empregado à disposição.

Destaca-se, dentre os dispositivos da Medida Provisória nº 927/2020, o § 3º, do artigo 4º, que versa acerca da responsabilidade no que diz respeito ao custo de instalação das condições indispensáveis para a concretização das incumbências do trabalhador, definindo, claramente, que os custos devem ser absorvidos pelo empregador, com previsão contratual, e, no caso do empregado não possuir as condições necessárias, o empregador 'poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato' ou, na impossibilidade, 'o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador'.

O artigo 4º, §3º da lei em comento, se alinha, pelo princípio da alteridade, ao disposto no artigo 2º da CLT, que impõe ao empregador a contração dos riscos inerentes à atividade econômica, e, consoante o entendimento firmado pela jurisprudência pátria, é ilícita a transferência desse ônus aos empregados, posição que pode ser aplicada ao presente estudo.

Nesta perspectiva, têm-se que a MP nº 927/2020 esteve, durante sua vigência, mais alinhada aos direitos assegurados pela CLT, a partir da óptica da segurança jurídica, mesmo diante da precariedade econômica consequente a pandemia, do que o artigo 75-D da CLT, (incluído através da Lei nº 13.467/2017), que deixou aberta à negociação, individual ou coletiva, a possibilidade do empregado arcar total ou parcialmente com os custos da apropriação do seu domicílio em um ambiente adequado para a execução das demandas empregatícias.

No entanto, a MP nº 927/2020 foi uma norma extremamente ampla e genérica, de difícil aplicação por meio de contrato individual, pois, segundo pesquisa realizada pela Dieese, 2020, durante a validade da medida, “em 15% das negociações, a responsabilidade pelo fornecimento de equipamentos ou da infraestrutura é do(a) empregador(a)”, mas não houve definição detalhada e concreta de como seria efetivado o fornecimento desses recursos.

Na mesma pesquisa, em 3% dessas negociações, ficou a cargo do empregado o provimento dos meios de realização das suas atividades laborais.

A insegurança jurídica reside nas lacunas presentes na medida em questão, tendo em vista que não houve especificação de quais seriam os custos relativos a realocação dos trabalhadores, e, no caso da pandemia, em que o teletrabalho foi equivalente ao trabalho em domicílio, o que implica, necessariamente, na redução do gasto com transporte, mas, no aumento, para o empregado, de gastos que seriam arcados pela empresa, como energia, internet, água e telefonia, além da manutenção dos equipamentos necessários, como equipamentos e programas de softwares específicos a cada atividade econômica, que são, propriamente dito, custos de natureza da atividade empresarial, que não devem ser embutidos nas verbas de natureza salarial, conforme previsto no § 2º, I, artigo 458 da CLT, de forma que, se o empregado tiver alguma despesa nesse sentido, estas devem ser ressarcidas.

Diante da não conversão da MP nº 927/2020 em lei pelo Congresso Nacional, foi editada a Medida Provisória nº 1.108/2022, que alterou os artigos 75-B, §1º ao §9º, 75-C, §3º da CLT e adicionou o artigo 75-F ao diploma, todos referentes ao teletrabalho, mas no que diz respeito aos recursos e infraestrutura para o teletrabalho realizado em domicílio, voltou a valer o disposto no artigo 75-D, adicionado à CLT, por redação da Lei nº Lei nº 13.467/2017.

O legislador atribui às partes o direito-dever de dispor acerca da aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos e infraestrutura para o teletrabalho, devendo ser estas cláusulas obrigatórias nos contratos respectivos. Entende-se que se as partes assim não dispuserem, pela lógica protetiva laboral, aliada ao fato de que, genericamente, é do empregador o risco do empreendimento, em eventual demanda judicial será atribuído ao empregador o dever de ressarcir os custos eventualmente arcados pelo teletrabalhador na composição da infraestrutura necessária à prestação do trabalho remoto, incluindo-se aí a aquisição e manutenção de equipamentos informáticos. (BELMONTE et al, 2020, p. 350)

Importa em conjuntura juridicamente controversa, pois, em análise da medida provisória editada durante a pandemia, existe uma evidente contradição nas leis infraconstitucionais, CLT e Lei nº 13.467/2017, no que diz respeito à garantia e proteção de direitos trabalhistas garantidos pela Constituição Federal de 1988, deixando os custos dos empreendimentos que adotam a modalidade de teletrabalho à negociação individual ou coletiva, onerando o trabalhador com o dispêndio de manutenção do empreendimento, podendo se estender ao entendimento de enriquecimento ilícito dos empresários e empreendedores, já, que segundo disposto na CLT, estes devem assumir os riscos, inclusive os custos inerentes, da atividade econômica.

Os contratos editados durante a vigência da MP nº 927 ainda geram consequências para o trabalhadores que migraram para o teletrabalho, tendo em vista que esta modalidade não influi em direito adquirido, ficando a mercê das necessidades e dos interesses da atividade econômica, mas, à luz do artigo 468 da CLT, são situações que podem gerar demandas judicializadas, em que devem ser sopesadas condições que são mais benéficas ao trabalhador, principalmente aqueles que se enquadrem no perfil do artigo 444, parágrafo único, da CLT, mas que dependem do entendimento adotado por cada magistrado, considerando a caducidade da medida provisória em questão e a legislação específica vigente.

Sucedem a mesma precariedade sob os aditivos contratuais realizados com fundamento no artigo 14º da Medida Provisória nº 927, o qual estipula um regime especial de compensação de jornada, em favor do empregado ou do empregador, por meio de acordo coletivo ou individual formal, para compensação no prazo de até 18 meses a partir do encerramento do estado de calamidade pública, visando, a redução de pagamento aos trabalhadores à título de horas adicionais.

Concerne tema controvertido a partir da ótica do teletrabalho, ou do trabalho em domicílio, para os trabalhadores que seguiram realizando suas atividades remotamente, por força da decisão unilateral do empregador, mas, diante da dificuldade tecnológica de fiscalização da jornada de trabalho durante a pandemia, em razão da inovação da espécie e da urgência em que as medidas foram adotadas, não podem reunir comprovação de jornada extraordinária.

No entanto, mesmo defronte a possibilidade de comprovação de jornada pelos meios de comunicação e tecnologia, o diploma restou ambíguo quanto a aplicação do § 5º do artigo 4º da Medida Provisória nº 927/2020 ao caso concreto em eventual demanda judicial, visto que este dispositivo decretou que "uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo", coadunando com a previsão anterior do artigo 62, III, da Lei nº

13.467/2017, o qual determina que o teletrabalho não é controlado pela jornada de trabalho.

Seja qual for a modalidade adotada, o artigo 62 da CLT, exclui esses empregados do regime geral de duração do trabalho, o que significa dizer que eles não possuem direito ao adicional por hora extra, exceto se houver efetivo controle e não mera possibilidade de controle. (PESSOA et al, 2020, p. 53)

Destarte, é notório que os trabalhadores que foram transferidos para modalidade de teletrabalho durante a pandemia foram posicionados em um lugar jurídico de desproteção no que diz respeito às suas jornadas diárias, especificamente, levando em conta a normativa da MP nº 927/2020, no § 5º, do artigo 4º e no artigo 14º, que, em conjunto, descaracterizaram o disposto no artigo 6º da CLT (redação do artigo 1º da Lei nº 12.551/2011), em que presentes os pressupostos da relação de emprego, o teletrabalho é equivalente ao trabalho em domicílio, de forma que, as horas a disposição do empregador, fora da jornada normal de trabalho, caracterizam-se horas extraordinárias, com exceção dos casos elencados no incisos do §2º do artigo 4º, que foi inserido na CLT por meio da Lei 13.467/2017.

Consiste em conjunção legitimamente complexa, pois vincula-se a jornada extraordinária à previsão contratual anterior, e, estas poderiam ser compensadas por banco de horas, conforme ajustado pelas partes.

Assim, não existia poder de aplicação do artigo 14º da MP nº 927/2020, pois diante da inexistência de acordo individual prévio, aplica-se o disposto no § 5º, do artigo 4º do diploma legal, e, ainda, o predito em norma anterior, vide artigo 62, III, da Lei nº 13.467/2017.

Apesar das contradições entre o artigo 14º e o § 5º, do artigo 4º da MP nº 927/2020, é garantido ao trabalhador, por força do artigo 6º da Constituição Federal, a desconexão após o fim do expediente, de forma que, diante da continuidade das demandas trabalhistas após o fim da jornada normal, prevista no artigo 58 da CLT, conforme os preceitos da segurança jurídica, abre-se a possibilidade jurídica de incidência do artigo 14º da MP nº 927, em compensação das horas mediante crédito em banco de horas, ou o pagamento de verbas referente a jornada extraordinária, a título de horas extras e suas correlatas.

E, mesmo diante da caducidade da MP nº 927/2020, a Medida Provisória nº 1.108/2022, § 5º, artigo 75-B, deu continuidade às diretrizes estabelecidas pela medida anterior, assentando que as horas despendidas 'em equipamentos tecnológicos, softwares, ferramentas digitais ou de aplicações de internet', fora da jornada de trabalho, não são



computadas para fins de cálculos de horas extras, adicional noturno, intervalo intrajornada e interjornada e suas integrações, com exceção, explícita, dos repousos legais, que é tema de legislação específica (Lei nº 605/1949), e é direito assegurado pelo artigo 7º, XV da Constituição Federal/1988.

Diante do exposto, é evidente que a MP nº 927/2020 desencadeou diversas questões no âmbito trabalhistas, e, conseqüentemente, para a vida dos trabalhadores brasileiros, inclusive, com suporte da Medida Provisória nº 1.108/2022, lei vigente, que reiterou alguns dos preceitos embutidos na norma anterior, no que diz respeito às particularidades do teletrabalho, prolongando a validade de determinados dispositivos legais utilizados como fundamentação para edição de contratos individuais ajustados durante a pandemia, reverberando na cultura trabalhista brasileira.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As possibilidades de demandas judiciais decorrentes da Medida Provisória nº 927/2020 são inúmeras, visto que a medida é controversa, no que tange os direitos trabalhistas flexibilizados durante a pandemia e os efeitos dessa flexibilização na esfera social da vida dos trabalhadores brasileiros.

Tendo em vista que as relações de trabalho passaram por uma transformação estrutural durante o contexto da pandemia, e da conseqüente edição do diploma em questão, é manifesto que serão levantadas inúmeras indagações pertinentes a fim de garantir segurança jurídica, tanto para o empregado quanto para o empregador.

Ainda que a medida não possua mais vigência ou validade nas relações de trabalho atuais, foi um diploma basilar na edição de medidas posteriores, como é o caso da MP nº 1.108/2022, que regulam alguns dos temas tratados na MP nº 927/2020.

Frente ao processo de flexibilização da legislação trabalhista, que culminou na edição da Lei nº 13.467/2017, constata-se que o artigo 4º, §3º da MP nº 927/2022, que incubia, de forma relativa ou absoluta ao empregador o ônus inerente à atividade econômica, que, inclui, em se tratando da modalidade de teletrabalho, a responsabilidade pelos custos de adequação da alocação e manutenção da infraestrutura para a realização das atividades laborais à distância, ou em domicílio.

E, após a caducidade da MP nº 927/2020, volta a reger essa situação jurídica o disposto no 75-D da CLT, por redação da Lei nº 13.467/2017, vai na contramão jurídica do disposto anteriormente pela CLT, no artigo 2º, situação claramente prejudicial para os trabalhadores brasileiros, que poderão, através de acordo individual ou coletivo, arcar, total ou parcialmente, com os custos da adequação do trabalho fora das dependências do empregador.

Ademais, no que diz respeito à possibilidade de compensação de jornada através de banco de horas, na perspectiva do teletrabalho, são condições que envolvem o controle de jornada do trabalhador, pontos tratados no § 5º do artigo 4º e no artigo 14º da MP nº 927/2020, sendo que o primeiro dispositivo dispõe sobre a descaracterização do período de uso dos meios eletrônicos de comunicação eletrônicos enquanto jornada extraordinária, e o segundo dispõe sobre a possibilidade compensação de horas, em favor do empregado ou do empregador, desde que previsto anteriormente em contrato.

Ocorre que, diante da urgência de edição e aplicação da medida, é evidente que não havia preparo das partes que compõem a relação de emprego para se adequar a modalidade do teletrabalho e os recursos necessários para a manutenção dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao emprego, vide artigo 6º da CLT (redação do artigo 1º da Lei nº 12.551/2011).

Consequente, é notória a contradição no que diz respeito à aplicação dos artigos supramencionados, pois, se o trabalho realizado em domicílio é equivalente ao trabalho executado nas dependências do empregador, em caso de ausência de contrato determinando a compensação especial de jornada, influi-se que aplicaria-se o disposto no § 5º do artigo 4º da MP nº 927/2020, ou seja, toda jornada extraordinária seria descaracterizada, mesmo diante de meios de comunicação que comprovem que o trabalhador de fato estava a disposição, enquadrando-se nos tipos elencados no § 5º do artigo 4º.

Sucedede que, após a perda da vigência da MP nº 927/2020, entrou em vigor a Medida Provisória nº 1.108/2022, reiterando o previsto no § 5º do artigo 4º da medida anterior, solidificando este entendimento, e, ainda, inseriu, através do § 3º, do artigo 75-B, a prestação de serviço, além da jornada normal prevista nos moldes celetistas, a variante por produção ou tarefa, sendo que estas últimas modalidades devem constar em contrato individual e não se submetem ao disposto no Capítulo II, Título II da CLT.

A edição da nova Medida Provisória provoca uma análise dessa nova formatação a modalidade de teletrabalho, mas, ainda, sim, acerca das relações de trabalho de insegurança jurídica, pois, mesmo que presente o contrato delimitando a modalidade de trabalho, ainda não se estabeleceu, legalmente, os limites, para o teletrabalho, de como seria esse controle de jornada ou como se efetivaria o contrato por produção ou tarefa dentro da cultura trabalhista brasileira.

Não obstante a divergência legislativa, conclui-se, mesmo diante da existência do artigo 62, III da CLT, que determina o não controle de jornada na modalidade do teletrabalho, existe previsão no sentido de que o trabalho a distância é equivalente ao realizado nas dependências do empregador, no artigo 6º da CLT, e, ainda, o § 3º, do artigo

75-B§, passou a permitir, por meio de acordo individual, a possibilidade de teletrabalho pela modalidade jornada de horas, sendo que nesses casos, é imperativo que o empregador possua formas alternativas eletrônicas de efetivar esse controle, e, em caso de impossibilidade, existiram modalidades alternativas, no modo produção ou tarefa.

São controvérsias jurídicas que vão precisar cada vez mais da intervenção jurídica e legislativa, a fim de harmonizar os interesses de ambas as partes e que seja compatível com a cultura trabalhista brasileira.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELMONTE, Alexandre Agra, et al. **O direito do trabalho na crise da covid-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. **Constituição 1988**. Edição Federal, Rio de Janeiro, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 15/03/2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Edição Federal, Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514>>. Acesso em: 12.03.2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Edição Federal, Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-927-de-22-de-marco-de-2020-249098775>>. Acesso em: 15.03.2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.108, de 25 de março de 2022**. Edição Federal, Brasília, 2022. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.108-de-25-de-marco-de-2022-388651514>>. Acesso em: 17.04.2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Edição Federal, São Paulo, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 08.05.2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Edição Federal, São Paulo, 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 08.05.2022.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Edição Federal, Brasília, 2017. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467)>. Acesso em: 16.05.2017.

CAPUZZI, Antonio. **A responsabilidade do empregador pela infraestrutura do teletrabalho.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/337657/a-responsabilidade-do-empregador-pela-infraestrutura-do-teletrabalho>>. Acesso em: 17.05.2022.

DIEESE. **A negociação coletiva do home office.** São Paulo, 2021. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec255HomeOffice.pdf>>. Acesso em: 23.05.2022.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 2. ed. SP: Atlas, 1991.

IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD CONTÍNUA): **Principais destaques da evolução do mercado de trabalho no Brasil. 2012-2020.** Disponível em: <[file:///C:/Users/55639/Downloads/PNAD continua retrospectiva 2012 2020.pdf](file:///C:/Users/55639/Downloads/PNAD%20continua%20retrospectiva%202012%202020.pdf)>. Acesso em: 10.04.2022.

IBGE. Pesquisa Nacional Por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD CONTÍNUA): **Principais destaques da evolução do mercado de trabalho no Brasil. 2012-2020.** Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <[https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho e Rendimento/Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilios continua/Principais destaques PNAD continua/2012 2020/PNAD continua retrospectiva 2012 2020.pdf](https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Principais_destaque_PNAD_continua/2012_2020/PNAD_continua_retrospectiva_2012_2020.pdf)>. Acesso em: 20.04.2022.

JÚNIOR, Marco Aurélio Serau. **O repasse dos custos do teletrabalho aos empregados é enriquecimento ilícito?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-18/direito-civil-atual-repasse-custos-teletrabalho-aos-empregados>>. Acesso em: 20.05.2022.

LAKATOS, Eva e Marconi, Marina. **Metodologia do Trabalho Científico.** SP : Atlas, 1992.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **História do Direito do Trabalho no Brasil.** Curso de Direito do Trabalho, vol. I, parte II, São Paulo. Ed. LTr, 2017.

PAIVA, Claudio Cesar de; PAIVA, Suzana Cristina Fernandes de. **No Brasil, o impacto econômico da pandemia será forte e duradouro.** Jornal da Unesp, 2021. Disponível em: <<https://jornal.unesp.br/2021/07/02/no-brasil-impacto-economico-da-pandemia-sera-forte-e-duradouro/>>. Acesso em: 13.05.2022.

PESSOA, André; MIZIARA, Raphael. **Teletrabalho à luz da Medida Provisória nº 927 de 2020 (covid-19): um breve guia para empresários, trabalhadores e profissionais.** Revista dos

Tribunais, Vol.1017/20. 2020. Disponível em:  
<[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/180171/2020\\_pessoa\\_andre\\_teletrabalho\\_mp927.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/180171/2020_pessoa_andre_teletrabalho_mp927.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 27.05.2022.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**. 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos**. 4. ed. SP: Atlas, 1996.

SANTOS, Hélio Antonio Bittencourt. **Comentários sobre a MP 927 de 22.3.2020**. Disponível em: <[https://sinait.org.br/arquivos/publicacoes/Publicacao\\_93.pdf](https://sinait.org.br/arquivos/publicacoes/Publicacao_93.pdf)>. Acesso em: 19.05.2022.

## **A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA: UMA ANÁLISE DA ADO 26/STF**

**CARLOS HENRIQUE CHAGAS APOLINÁRIO:**

Graduando em direito do Centro Universitário  
UNA (CAMPUS Betim).

**RESUMO:** Considerando que o universo LGBTQIA+ e todos os seus desdobramentos são de extrema importância, embora discutidos de forma superficial na seara acadêmica, sabe-se que essa pauta é até hoje muito debatida na realidade fática e jurídica, gerando várias concepções no que tange à sua aceitação, bem como a garantia de direitos à essa população. Este artigo, portanto, tem como objetivo o estudo da homofobia enquanto prática criminalizada, de modo a compreender melhor o impacto real sofrido por seus alvos, além da necessidade de se garantir proteção efetiva dos LGBTQIA+. O presente artigo, além disso, esclarece quanto à definição das siglas que representam esse movimento, das quais originam diversas dúvidas e interpretações, além de serem utilizadas de maneiras diferentes pela população, assim como busca compreender a relação dos ramos do direito acerca do tema, e entender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao vislumbrar a homofobia como uma espécie de racismo, utilizando-se de uma fonte de conhecimento para criar norma incriminadora, mesmo contrariando os princípios penais, ante a ausência de um posicionamento eficaz do Congresso Nacional.

**Palavras chave:** LGBTQIA+. Homofobia. Racismo. STF.

### **1.INTRODUÇÃO**

O presente artigo foi elaborado visando compreender a temática da criminalização da homofobia, a partir da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADO 26.

Dessa forma, pretende-se abordar o conceito de crime, bem como de suas fontes, além do que se entende como homofobia, seu contexto histórico e suas consequências, além de se conhecer um pouco mais da comunidade LGBTQIA+.

Assim, motivou o estudo sobre as fontes da lei penal e a forma como determinada conduta passa a ser considerada como crime, a fim de ser possível vislumbrar a viabilidade da inclusão da conduta de homofobia como um tipo penal da forma feita pelo STF.



Configura também entre os objetivos deste artigo, compreender o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, assim como apontar a correlação dos ramos do direito a respeito do tema em análise.

A necessidade de compreensão da questão da homofobia e sua juridicidade torna-se extremamente relevante, ao passo que é possível verificar que a ausência de legislação pertinente ao tema reflete a internalização do preconceito contra a comunidade LGBTQIA+, assim como a necessidade de manter essas pessoas em uma situação de inferioridade, como punição para sua condição de gênero ou sexual.

Ao longo dos anos, a comunidade LGBTQIA+ sofreu inúmeras repreensões e castigos somente por ser considerada diferente do que a sociedade considerava como um “padrão” e essa segregação fez com que diversas pessoas escondessem por muito tempo – e de qualquer pessoa – a sua condição, gerando diversos problemas emocionais e psicológicos nessas pessoas.

Considerando que a homofobia continua a assolar os LGBTQIA+, seja através de palavras ou de violência física, podendo chegar até a morte, há a necessidade de se desenvolver métodos para combate dessas práticas, notadamente com a criação de normas incriminadoras, para que sejam punidos os infratores, a fim de proteger com maior efetividade essa população.

Dessa forma, percebe-se a relevância do assunto para a construção do conhecimento acadêmico. Trata-se, ademais, a respeito da compreensão das implicações do assunto nos diversos campos cabíveis ao estudo do Direito e, pois, da formação do operador.

Outrossim, o Direito, nesses casos, exerce um papel importantíssimo para a garantia de direitos básicos dessa população, que há anos sofrem como escória da sociedade e, a cada avanço conquistado em seu favor, implica em diversas outras renúncias e oposições das classes (ainda) dominantes.

A decisão proferida pelo STF tem representado que, embora a classe dominante, em exercício de seus atos de poder, pugna pela manutenção da opressão contra a população LGBTQIA+, reforçando, diversas vezes, estereótipos de inferioridade a estes, a Constituição Federal, ao garantir uma igualdade independentemente de gênero e opção sexual, incluiu essas pessoas em seu âmbito de proteção, razão pela qual elas também têm direitos, especialmente à vida.

## 2.O CONCEITO DE CRIME

Embora se fale com muita frequência sobre crime, muitas pessoas não compreendem a sua definição. Conforme o dicionário<sup>304</sup>, a terminologia "crime" seria, entre outras definições: "(...) Delito por dolo ou culpa, ação ou omissão (...)".

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, por sua vez, determina que é considerada crime:

(...) a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente<sup>305</sup>.

O Código Penal, por sua vez, não traz um conceito expresso do que seja crime, ficando a cargo da doutrina a sua definição. O conceito doutrinário adotado no Brasil determina que o crime é um fato típico, ilícito e culpável, conforme a teoria tripartida do crime.

De acordo com Guilherme Nucci<sup>306</sup>, o "Fato Típico" seria uma conduta que se amolda ao tipo legal incriminador, ou seja, ao que dispõe a lei penal, e que possui uma ligação ao resultado por um nexo causal.

Já a ilicitude, também conhecida como atijuricidade, conforme o referido autor, significaria uma conduta contrária ao direito e que lesa um bem jurídico, objeto de proteção do direito<sup>307</sup>.

---

304 Dicionário enciclopédico ilustrado: Veja Larousse. São Paulo. Ed. Abril. 2006. 116p.

305 BRASIL, República Federativa do. Decreto Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução ao Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em 20 fev. 2022.

306 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

307 Idem.

A culpabilidade, por sua vez, implica em uma reprovabilidade social da conduta praticada, devendo o autor ser imputável, ter potencial consciência da ilicitude de sua conduta e ao menos poder atuar de forma diferente<sup>308</sup>.

A partir dessa concepção, importa ressaltar o que ilustra o art. 5º, XXXIX da Constituição Federal (cuja redação se repetiu no art. 1º do CPB<sup>309</sup>): "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal"<sup>310</sup>. Essa disposição consagra o princípio da legalidade, determinando que certa conduta só pode ser considerada como crime, se à época da prática já constar na legislação como tal.

Segundo o doutrinador Cleber Masson:

Como desdobramento lógico da taxatividade, o Direito Penal não tolera a analogia in malam partem. Se os crimes e as penas devem estar expressamente previstos em lei, é vedada a utilização de regra análoga, em prejuízo do ser humano, nas situações de vácuo legislativo<sup>311</sup>.

Nesse mesmo sentido, Cezar Roberto Bittencourt<sup>312</sup>:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida.

---

308 Idem.

309 BRASIL. Decreto- Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1940. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

310 BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

311 MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Método. 2014. p. 23..

312 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 11.

Com isso, a ideia de legalidade traz consigo a ideia de lei escrita, estrita e certa, vedando, com isso, a edição de normas penais vagas, imprecisas ou indeterminadas. Para tanto, é dividida entre legalidade formal e material.

A legalidade formal demonstra a necessidade de lei, e em seu aspecto material, veda a criação de crimes com a utilização de costumes, medida provisória, analogia ou jurisprudência.

Nesse sentido, a reserva legal, como um corolário da legalidade, exige uma lei em sentido estrito para criação de norma penal. Conforme o art. 22, I, da CR/88313, é competência privativa da União legislar sobre Direito Penal.

Portanto, como regra, a fonte de produção de uma norma pode ser classificada de diversas formas, mas no Direito Penal, é a lei, sendo esta a única fonte primária, em razão do princípio da legalidade. Todavia, aceita-se a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito como fontes secundárias, também chamadas de fontes de conhecimento/formais, que são aplicadas de forma indireta e mitigada.

Por conseguinte, a jurisprudência, que antes exercia seu papel em uma posição secundária, atualmente adota o que os doutrinadores denominam como "jurisprudencialização" do direito, notadamente na seara penal.

Com efeito, conforme leciona Lênio Streck, a maior parte do que a doutrina produz é baseada nas decisões proferidas nos tribunais, reproduzindo o que é dito da lei pelo judiciário<sup>314</sup>.

Um exemplo é o caso da ADO 26, em que o Supremo Tribunal Federal incluiu a homofobia na lei de racismo, de modo que a referida conduta passou a ser uma espécie de racismo social.

### **3.DA HOMOFOBIA**

---

313 BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

314 STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Homofobia, segundo o dicionário é o "ódio a homossexual e a homossexualidade"<sup>315</sup>. Com a evolução das concepções relacionadas a gênero, entende-se como um comportamento homofóbico, qualquer atitude pejorativa e discriminatória em desfavor de pessoas que se percebem atraídas por pessoas do mesmo sexo, ou que até mesmo se identifiquem de um gênero diferente do qual tenha nascido, mas para entender melhor sobre tal espécie de preconceito, se faz necessário compreender mais acerca de seu público alvo.

### **3.1 Da comunidade LGBTQIA+**

O movimento social denominado "LGBTQIA+" foi instituído para a defesa dessas pessoas na sociedade. Baseado na diversidade e em maior representatividade, tanto os participantes, quanto apoiadores, buscam maiores condições de acesso, bem como de inclusão em pautas sociais que anteriormente eram ocupadas somente por heterossexuais, a pessoas que possuem diversas identidades de gênero ou orientações sexuais.

Tal comunidade é composta por Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexual/Transgênero, Queer, Intersexo, Assexual e ± (que representa quaisquer outras definições que surgirem ao longo da história). Reis defende que o sexo biológico é determinado por certas características, como composição hormonal, genitália, cromossomos, etc., a partir das quais cria-se uma expectativa social relacionada ao gênero a que esse indivíduo teria<sup>316</sup>.

As definições "lésbica, gay, bissexual e assexual", se referem à orientação sexual do indivíduo. A sexualidade seria uma forma de "construções culturais sobre os prazeres e os intercâmbios sociais e corporais que compreendem desde o erotismo, o desejo e o afeto, até noções relativas à saúde, à reprodução, ao uso de tecnologias e ao exercício do poder na sociedade"<sup>317</sup>.

Entende-se como lésbicas, as mulheres que se atraem afetivamente ou sexualmente por pessoas do mesmo sexo. Os gays, se tratam de homens cuja atração afetiva ou sexual existe em favor de outros homens. Os bissexuais, são homens ou mulheres

---

<sup>315</sup> Dicionário enciclopédico ilustrado: Veja Larousse. São Paulo. Ed. Abril. 2006. 116p.

<sup>316</sup> REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. p. 18.

<sup>317</sup> Idem p. 17.

que sentem tais atrações por ambos os sexos, enquanto os assexuais, não sentem atração sexual por nenhum deles, ou não tratam como prioridade, as relações sexuais humanas<sup>318</sup>.

Em se tratando de ~transexuais, intersexo e queer~, tem-se que tais denominações se referem a identidade de gênero. Esse conceito, segundo Reis<sup>319</sup>, teve influência nos anos 70 a partir do movimento feminista, de modo que o gênero foi considerado mais como um elemento cultural, do que um aspecto biológico.

São chamados transexuais, quem, embora tenha nascido com um gênero, não se identifica com o mesmo. As pessoas intersexo, por sua vez, não se enquadram em nenhum gênero, seja em virtude de seu desenvolvimento corporal, ou por suas combinações biológicas<sup>320</sup>.

Já o gênero "queer" possui uma definição originada no EUA, que significa "estranho" e abrange várias configurações de sexualidade e gênero, mas no Brasil é utilizada para representar quem transita entre os dois gêneros e defende que a construção social é quem determina a orientação sexual ou identidade de gênero e não a biologia<sup>321</sup>.

Independentemente da força que o movimento LGBTQIA+ vem alcançando nos últimos anos, verifica-se que ainda há muito o que se fazer, a fim de que lhe sejam garantida uma igualdade, ainda que material.

### **3.2 Contexto Histórico**

Não é possível determinar um marco inicial para a homofobia. Isso porque ela, da forma como conhecemos hoje, somente foi intitulada como tal após a emergência de movimentos que reconheciam direitos para pessoas LGBTQIA+. Todavia, é possível notar

---

318 ARAGUAIA, Mariana. "Orientação Sexual"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em 07 abr de 2022.

319 REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. p. 17.

320 ARAGUAIA, Mariana. "Orientação Sexual"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em 07 abr de 2022.

321 JORDÃO, Pedro. O que é Queer? Entenda a palavra que dá nome ao novo site LGBTQIA+ do IG. Queer. Disponível em: <<https://queer.ig.com.br/2020-12-17/o-que-e-queer-entenda-o-termo-que-da-nome-ao-novo-site-do-ig.html>>. Acesso em 07 abr de 2022.



que de maneira histórica essas pessoas sempre sofreram (e ainda sofrem) algum tipo de discriminação – ainda que velada – em virtude de sua opção sexual, ou de sua identidade de gênero.

Em vários lugares no mundo, condutas homossexuais foram censuradas e consideradas como "doentes", "profanas" ou "libertinas", o que implicaram ao longo dos anos em punições severas e violentas, como tortura, violência sexual e até mesmo morte. Por esta razão muitos indivíduos escondiam da sociedade esta condição, se submetendo ao que a sociedade considerava como correto e aceitável.

Logo, é possível se aferir que, por várias décadas a conduta homossexual era considerada como um risco a ser combatido.

Essa concepção foi reforçada, especialmente, pela igreja cristã, que foi responsável por definir a conduta homossexual ou "diferente" como pecaminosa, haja vista que rompia com o maior princípio divino, que seria a multiplicação da humanidade<sup>322</sup>.

Inclusive, no século XIX surgiu o movimento denominado "higienista", em que se propagava a aniquilação de tudo o que fosse considerado uma anomalia, especialmente em relação à sexualidade, com a pretensão de reestruturar o sexo exclusivamente marital, em prol de se combater diversas doenças, entre elas, o homossexualismo<sup>323</sup>.

A medicina e psicologia somente deixaram de considerar o homossexual como possuidor de transtorno e desvio sexual, em meados nos anos 90. Com efeito, o código 302 foi excluído em 1994 pela OMS, de forma definitiva, da classificação internacional de doenças.<sup>324</sup>

---

322 NETO, Moisés Costa. *Sexo, Gênero, Devoção: Dramas da Sexualidade em Comunidades Evangélicas Inclusivas*. Programa de pós graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. 2013. 192p.

323 MEDEIROS, Amanda. *A evolução histórica da intolerância a homossexualidade*. 2015. Disponível em: <https://amandamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/255042093/a-evolucao-historica-da-intolerancia-a-homossexualidade>

324 idem.

Conforme Ilga, apud Reis<sup>325</sup>, em 2017, cerca de 72 países ainda consideravam a homossexualidade como crime.

De acordo com o mapa da Associação internacional de lésbica, gays, bissexuais, pessoas trans e intersexuais, dos Estados que criminalizam a homossexualidade, 8 aplicam pena de morte, 14, aplicam a pena de 14 anos a prisão perpétua e 57 estados aplicam até 14 anos de prisão<sup>326</sup>.

Por outro lado, conforme o referido índice, 24 Estados reconhecem o casamento entre essas pessoas, enquanto 28 Estados aceitam outros tipos de uniões. Além disso, 26 Estados admitem a adoção conjunta, enquanto 27 permitem a adoção do filho do cônjuge<sup>327</sup>.

Nesse sentido, verifica-se que grande parte da população brasileira sequer tem conhecimento do que pessoas LGBTQIA+ sofrem na busca de sua sobrevivência, o que corrobora com a manutenção do preconceito contra essas pessoas.

### **3.3 Do impacto da homofobia**

Incontestável é a vulnerabilidade do público LGBTQIA+ no que tange a violação de direitos humanos, especialmente no Brasil. Ocorre que, conforme o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)<sup>328</sup>, em 2020 o Brasil registrou aproximadamente 237 mortes violentas em virtude de sua identidade de gênero ou orientação sexual, mesmo indicando uma diminuição nos índices, em relação ao ano anterior.

De acordo com o Instituto:

---

<sup>325</sup> REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. p. 37

<sup>326</sup> Idem. p. 40.

<sup>327</sup> REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. p. 41.

<sup>328</sup> Assessoria de comunicação do IBDFAM. Dia Internacional contra a Homofobia: Brasil registrou 237 mortes violentas de LGBTI em 2020. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8488/Dia+Internacional+contra+a+Homofobia%3A+Brasil+registrou+237+mortes+violentas+de+LGBTI+em+2020>>. Acesso em 13 mai 2022.

O levantamento dá conta de 224 homicídios (94,5%) e 13 suicídios (5,5%) de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais. Pela primeira vez, desde 1980, as travestis ultrapassaram os gays em número de mortes: 161 travestis e trans (70%), 51 gays (22%) 10 lésbicas (5%), 3 homens trans (1%) e 3 bissexuais (1%), além de 2 heterossexuais confundidos com gays (0,4%).<sup>329</sup>

A partir do relatório de mortes violentas formulado pelo Acontece e Grupo Gay da Bahia, verifica-se que a queda desses números foi significativa desde a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADO nº 26.

#### **4.DA ADO 26/STF**

Em 19 de dezembro de 2013, foi interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão, em face de uma omissão legislativa em relação à criminalização da homofobia e transfobia, cuja análise foi feita em conjunto com o Mandado de Injunção nº 4733, interposto pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros.

Tal ação teve como relator o ministro Celso de Mello e fundamentou-se no artigo 5º, incisos XLI e XLII.

Segundo consta do acórdão publicado em Outubro de 2020:

Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese

---

<sup>329</sup> idem.

de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, “in fine”).<sup>330</sup>

E ainda:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.<sup>331</sup>

Ou seja, tal conduta assemelha-se a um tipo de racismo, em virtude de os indivíduos serem oprimidos pela maioria da sociedade e tratados como escória, sendo inferiorizados e estigmatizados de forma injusta, somente por serem o que são.

Nesse sentido foi o voto da maioria do plenário, que reconheceram a mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação de lei destinada a proteger penalmente os integrantes do grupo LGBT. Além disso, cientificou o Congresso Nacional,

---

<sup>330</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Cidadania (atual denominação do Partido Popular Socialista – PPS). Relator: Celso de Melo. Brasília, julgado em 13/06/2019, processo eletrônico DJe-243 publicado em 06/10/2020.

<sup>331</sup> idem

para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, caput, da Lei nº 9.868/99.332

Ademais, foi dada interpretação conforme à Constituição, dos mandados constitucionais previstos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da CR/88, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei de Racismo (Lei nº 7.716/89), até que surja legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, aplicando-se ao caso em tela, a interpretação dada pela Corte no julgamento do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), visto a existência de inferiorização dos membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero.<sup>333</sup>

Diante disso, a seguinte tese foi firmada:

1. Até que sobrevenha lei emanada do Congresso Nacional destinada a implementar os mandados de criminalização definidos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição da República, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, que envolvem aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716, de 08/01/1989, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine"); 2. A repressão penal à prática da homotransfobia não alcança nem restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, qualquer que seja a denominação confessional professada, a cujos fiéis e ministros (sacerdotes, pastores, rabinos, mulás ou clérigos muçulmanos e líderes ou celebrantes das religiões afro-brasileiras, entre outros) é

---

332 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Cidadania (atual denominação do Partido Popular Socialista – PPS). Relator: Celso de Melo. Brasília, julgado em 13/06/2019, processo eletrônico DJe-243 publicado em 06/10/2020.

333 idem

assegurado o direito de pregar e de divulgar, livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento e de externar suas convicções de acordo com o que se contiver em seus livros e códigos sagrados, bem assim o de ensinar segundo sua orientação doutrinária e/ou teológica, podendo buscar e conquistar prosélitos e praticar os atos de culto e respectiva liturgia, independentemente do espaço, público ou privado, de sua atuação individual ou coletiva, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero;

3. O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole históricocultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não subscreveu a tese proposta.<sup>334</sup>

Importa ressaltar que em face do referido acórdão foram opostos cinco embargos de declaração, sendo um deles da Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à Vida, que

---

334 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Cidadania (atual denominação do Partido Popular Socialista – PPS). Relator: Celso de Melo. Brasília, julgado em 13/06/2019, processo eletrônico DJe-243 publicado em 06/10/2020.



atuava no processo como *Amicus Curiae*, estando os autos conclusos ao relator desde 07 de março de 2022.

Verifica-se que a luta contra a homofobia no Brasil ainda não possui data para terminar e, não obstante os grandes avanços com relação ao entendimento jurisprudencial, é evidente que a classe dominante mantém seu desejo de manter a população LGBTQIA+ às margens da proteção legal.

## **5.CONCLUSAO**

O presente artigo trouxe uma reflexão e análise sobre a comunidade LGBTQIA+ e a criminalização da homofobia. Objetivou-se através do presente artigo, compreender o significado da sigla que representa esse movimento, além das motivações para a busca de uma tutela estatal efetiva dos direitos dessa população que desde muitos anos é perseguida, discriminada e, em várias situações, criminalizada só pelo fato de serem diferentes e buscarem sua inclusão na sociedade.

Para tanto, foi possível analisar a concepção de crime, assim como as fontes e princípios da lei penal, a fim de vislumbrar se a conduta praticada pelo Supremo Tribunal Federal ao considerar homofobia como um tipo de racismo foi juridicamente acertada, podendo-se verificar que não, sendo essa uma das razões para o inconformismo de outros envolvidos no processo, que até hoje aguarda novos desdobramentos.

Ainda que tenha sido pautada por razões socialmente relevantes, verifica-se que tal decisão implica em uma supervalorização da jurisprudência em detrimento da lei, o que é inviável em um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, sabe-se que, em virtude do preconceito enraizado na sociedade, a morosidade do Estado em cuidar dessa população faz com que muitos de seus integrantes sejam submetidos às mais diversas espécies de crueldade, tendo seus direitos básicos negligenciados.

Verifica-se, nesse sentido, que se está muito longe do ideal para tutela dos direitos da comunidade LGBTQIA+ e, embora o País avance a passos lentos, não pode ser excluída cada parcela de vitória que aos poucos vem sendo conquistada, através de muita luta, em busca de melhores condições para se viver e com dignidade.

## **REFERÊNCIAS**

ARAGUAIA, Mariana. "Orientação Sexual"; Brasil Escola. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/sexualidade/orientacao-sexual.htm>>. Acesso em 07 abr de 2022.

Assessoria de comunicação do IBDFAM. Dia Internacional contra a Homofobia: Brasil registrou 237 mortes violentas de LGBTI em 2020. 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8488/Dia+Internacional+contra+a+Homofobia%3A+Brasil+registrou+237+mortes+violentas+de+LGBTI+em+2020>>. Acesso em 13 mai 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 11.

BRASIL, República Federativa do. Decreto Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução ao Código Penal (decreto-lei nº 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)>. Acesso em 20 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto- Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jan. 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADO 26. Exposição e sujeição dos homossexuais, transgêneros e demais integrantes da comunidade lgbti+ a graves ofensas aos seus direitos fundamentais em decorrência de superação irrazoável do lapso temporal necessário à implementação dos mandamentos constitucionais de criminalização instituídos pelo texto constitucional (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII). Cidadania (atual denominação do Partido Popular Socialista – PPS). Relator: Celso de Melo. Brasília, julgado em 13/06/2019, processo eletrônico DJe-243 publicado em 06/10/2020.

Dicionário enciclopédico ilustrado: Veja Larousse. São Paulo. Ed. Abril. 2006. 116p.

JORDÃO, Pedro. O que é Queer? Entenda a palavra que dá nome ao novo site LGBTQIA+ do IG. Queer. Disponível em: <<https://queer.ig.com.br/2020-12-17/o-que-e-queer-entenda-o-termo-que-da-nome-ao-novo-site-do-ig.html>>. Acesso em 07 abr de 2022.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Método. 2014. p. 23..

MEDEIROS, Amanda. A evolução histórica da intolerância a homossexualidade. 2015. Disponível em: <<https://amandamedeiros.jusbrasil.com.br/artigos/255042093/a-evolucao-historica-da-intolerancia-a-homossexualidade>>. Acesso em 4 abr 2022.

NETO, Moisés Costa. Sexo, Gênero, Devoção: Dramas da Sexualidade em Comunidades Evangélicas Inclusivas. Programa de pós graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes. 2013. 192p.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

REIS, T., org. Manual de Comunicação LGBTI+. 2ª edição. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI / GayLatino, 2018. p. 18.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

## **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

**KATIA GOMES DA SILVA:** Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins. Especialista em Legislação Educacional pela UNITINS. Especialista em Docência de Ensino Superior pela Faculdade Suldamérica. Bacharel em Sistemas de Informação pelo Centro Universitário Luterano de Palmas, CEULP/ULBRA. Servidora pública da Universidade Estadual do Tocantins.

**RÔNISON APARECIDO DOS SANTOS**<sup>335</sup>

**PAULO ROBSON MARTA DA SILVA**<sup>336</sup>

**SERGIANO REIS DA CONCEIÇÃO**<sup>337</sup>

(Coautores)

**RESUMO:** O presente artigo aborda a evolução histórica e científica do Direito Processual Civil desde os tempos remotos até a atualidade, com ênfase no direito processual civil brasileiro, influenciado por mudanças sociais, políticas e sociais nas quais a humanidade se insere. Nesse sentido, introduziu-se um estudo teórico acerca do surgimento e fortalecimento do princípio do juiz natural no ordenamento jurídico-constitucional. Ademais, explanou-se como a legislação do País abarca o tema da imparcialidade do juízo ou tribunal no julgamento dos litígios judiciais, considerada como um pilar para o exercício da jurisdição e para a formação do Estado Democrático de Direito. Explicite-se que foi realizada uma ampla pesquisa científica, de caráter exploratório, descritivo e analítico, e

---

335 Especialista em Direito Tributário pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Bacharel em Engenharia de Alimentos pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (RFB).

336 Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Gestão em Agronegócio pelo Instituto Federal do Tocantins (IFTO). 2º Sargento da Polícia Militar do Estado do Tocantins. Exerce atribuições de Operador Aerotático. E-mail: robson.0706@hotmail.com.

337 Bacharelado do curso de Direito na Universidade Estadual do Tocantins. Tecnólogo em Análise e Desenvolvimento de Sistemas pela Universidade Norte do Paraná. E-mail: sergianois@gmail.com.

foram enfatizadas as fundamentações de especialistas e entidades na seara em apreço, visando alcançar o objetivo central da pesquisa. Por fim, foram exteriorizadas as referências utilizadas no desenvolvimento do presente trabalho.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Evolução Histórica. Juiz Natural. Jurisdição. Imparcialidade.

**ABSTRACT:** This article discusses the historical and scientific evolution of Civil Procedural Law from ancient times to the present, with emphasis on Brazilian Civil Procedural Law, influenced by social, political and social changes in which humanity is inserted. In this sense, a theoretical study was introduced about the emergence and strengthening of the principle of the natural judge in legal and constitutional norms. Furthermore, it was explained how the country's legislation covers the issue of impartiality of the court or court in the judgment of judicial disputes, considered as a pillar for the exercise of jurisdiction and for the formation of the Democratic State of Law. It should be noted that extensive, descriptive, exploratory and analytical scientific research was carried out and the ideas of specialists and entities in the field in question were emphasized, aiming to achieve the central objective of the research. Finally, the references used in the development of this work were externalized.

**Keywords:** Civil Procedural Law. Historic evolution. Natural Judge. Jurisdiction. Impartiality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2 Evolução histórica do Processo Civil. 2.1 Direito processual e sua evolução. 2.2 Evolução científica do Direito processual. 2.3 Evolução do Direito processual brasileiro. 3. Breve histórico do princípio do Juiz Natural. 4. Aspectos específicos do Juiz Natural. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Objetivando sanear os conflitos entre indivíduos, os grupos sociais perceberam a necessidade de regulamentar a administração da justiça por meio das normas jurídicas. O direito surge como conjunto de normas que regula a vida em sociedade, necessitando não só de uma norma, mas fundamentalmente de sua correta aplicabilidade.

A partir da antiguidade clássica greco-romana, as normas processuais civis, nomeadas atualmente como Direito Processual Civil, se afastaram de preceitos divinos ou sobrenaturais, adquirindo uma base mais científica, sendo os fatos julgados com maior viés de razoabilidade. Contudo o referido Direito Processual só obteve um núcleo científico e autônomo a partir do séc. XIX, quando as autoridades públicas se convenceram da necessidade de distinção entre direito processual e direito material.

Na seara jurisdicional, os direitos individuais ou coletivos correspondem a prerrogativas destinadas aos cidadãos. Por outro lado, as garantias processuais

representam instrumentos visando à proteção ou à reconstituição de direito que sofreu violação em seu cerne. Nesse contexto, vale ressaltar a importância do princípio do juiz natural não só na condução de um julgamento isonômico e imparcial de causas judicial como também na limitação do arbítrio estatal. Tal princípio está balizado na Constituição Federal de 1988.

A legislação infraconstitucional, sobretudo a Lei n. 13.105/2015, Código de Processo Civil – CPC, estabelece situações de suspeição e impedimento que caracterizam hipóteses de lesão à imparcialidade do magistrado em julgamentos de litígios, as quais podem lesionar o direito das partes de ter o seu processo julgado por autoridade legalmente competente para tal. Neste trabalho, buscou-se explicar acerca do histórico das normas processuais, além de discorrer sobre o princípio do juiz natural, que é de extrema relevância no âmbito judicial e traz reflexos impactantes sobre toda a sociedade.

## **2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL**

A sociedade, após tentar regular seu convívio, chegou à conclusão de que qualquer conflito deveria ser submetido a uma autoridade pública, e não de buscar justiça com as próprias mãos, como inicialmente era feito. Desenvolveu, assim, a figura do Estado e, a partir do momento em que o Estado passou a intervir nos conflitos, impuseram-se regras sobre a conduta humana para solucionar conflitos sociais e aplicar sanções penais. Depois de criadas essas regras, observou-se a necessidade de criar maneiras de sua aplicação.

### **2.1 Direito processual e sua evolução**

A evolução do direito processual civil teve início na Grécia e segue até os dias atuais. Os legisladores antigos não idealizavam ainda o que viriam a ser as normas processuais. Entretanto, o oposto ocorreu na segunda metade do séc. XX, que se caracterizou, na doutrina internacional do processo civil, como um tempo de mudanças. A evolução do direito processual se deu por meio dos tipos de processo grego, romano, germânico e comum medieval.

A Grécia deu os primeiros passos para a criação de normas processuais, ainda que de maneira tímida, destacando-se com a aplicação de alguns princípios que eram utilizados para evitar que ideias religiosas se misturassem com o direito, e procurando convicções lógicas para solucionar problemas.

Constata-se, por intermédio desse processo histórico, que o princípio do contraditório tem origem na Antiguidade grega (GRECO FILHO, 2013).



Acerca da evolução do direito processual, é fundamental mencionar o direito processual romano que, em conformidade com a doutrina, deu-se por meio de três fases.

Os dois primeiros períodos – período primitivo (*legis actiones*) e período formulário (*per formulas*) – correspondem à chamada Justiça Privada (*ordo judiciorum privatorum*) em que cabia às partes o encargo de fazer justiça, usando suas próprias forças. E a Justiça Pública surgiu no terceiro desses períodos – da cognição extraordinária (*extraordinaria cognitio*) – quando o magistrado romano (servidor público graduado, investido de *imperium*), além de ouvir e encaminhar as partes em litígio passou também a decidir o conflito. Surgiu, aí, a função jurisdicional *stricto sensu*, quando o próprio Estado passou a dirimir o conflito, por meio de seu agente (GRECO FILHO, 2013).

Com a queda do Império Romano e a dominação do povo germânico, houve, a priori, um retrocesso na evolução do direito romano em virtude dos costumes e do direito rudimentar trazido por eles. Foi dado muito valor aos “juízos de Deus”, pois acreditavam que a divindade participava dos julgamentos.

No processo dos povos germânicos a prova não era um meio de convencer o juiz e sim um meio, rígido, de fixação da própria sentença, pois o juiz apenas reconhecia sua existência. No que tange à forma do processo, Carreira Alvim (2019) explana que era exercida de forma oral, visto que eram analfabetos.

Já no processo comum medieval, pode-se identificar que o processo era escrito, complexo e lento, a prova e a sentença voltaram a se inspirar no direito romano; e do direito canônico veio o processo sumário, eliminando algumas formalidades, porém ainda foram preservadas as torturas como meio de obtenção da verdade no processo. Carreira Alvim (2019, p. 29) diz que “no processo comum medieval (...) reduziu a tarefa do juiz a uma verificação quase aritmética do concurso do número de elementos necessários para formar, no caso concreto, o que se chamava “verdade legal”.

O processo medieval, contrapondo-se ao processo romano, era inteiramente escrito. O procedimento desenvolvia-se em várias fases e juízes diferentes podiam intervir em um ou noutro processo, o qual contemplava como características a excessiva lentidão e demora processual, não obstante, adquiriu, posteriormente, como legado germânico, a sumarização do processo.

Somente a partir do séc. XI, com as Universidades, é que o direito processual passou a ser reestruturado, dando surgimento ao processo comum, com a fusão de institutos e normas dos direitos romano, germânico e canônico, perdurando até o séc. XVI (GRECO FILHO, 2013).

A situação alterou-se somente após a Revolução Francesa, quando as declarações de direitos passaram a influenciar na aplicação da lei. Sob os reflexos dos pensamentos de Beccaria, Montesquieu, Voltaire e do episódio da Revolução Francesa (séc. XVIII), o direito processual, já no séc. XIX, passa a tomar efetivamente contornos científicos, iniciando a chamada fase moderna ou científica.

## **2.2 Evolução científica do Direito processual**

Antes do desenvolvimento científico, o processo era considerado como um direito subjetivo material, integrado ao direito objetivo ou material. Somente a partir do séc. XIX é que se passou a discutir a respeito da independência do processo em relação ao direito material. Deu-se início à construção de uma nova ciência, o direito processual, um ramo autônomo dentro do direito.

Sobre o início do estudo científico da matéria processual, Marques (2003, p. 87) afirma que “o Direito Processual Civil ganhou consistência e densidade científica a partir do século passado, depois que deixou de ser mero complemento do Direito Civil para adquirir posição de disciplina autônoma dentro da ciência jurídica”.

A evolução científica do direito processual é dividida em três fases. Na primeira, fase sincretista, não se deve falar propriamente em direito processual. Sua principal característica era o processo ser considerado mero apêndice do direito material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

Essa fase se prolongou até meados do séc. XIX. Posteriormente, o sistema processual passou por uma fase de formulação de conceitos e estruturas bem ordenadas, fase chamada de autonomia do processo.

Essa segunda fase demonstrou a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos principais do processo, a qual não se confunde com a relação material litigiosa – por seus sujeitos, seu objeto e seus pressupostos processuais. A sistematização dessas ideias conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, tendo em vista seus próprios métodos (distintos do direito privado) e objetos materiais (jurisdição, ação, defesa e processo).

Já na terceira fase, os processualistas conscientizaram-se da necessidade de direcionar o processo para resultados substancialmente justos, o que deu origem a fase instrumentalista do processo. O direito processual, portanto, deve privilegiar a importância dos resultados da experiência dos jurisdicionados com o processo, valorizando a instrumentalidade deste.

A evolução desse entendimento, principalmente em face da atual constitucionalização dos ramos do direito, defende o estudo do direito processual a partir de uma nova premissa metodológica, o neoconstitucionalismo (destacando-se a força da Constituição e a concretização material dos direitos fundamentais). Alguns processualistas acreditam se tratar de uma nova fase processual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

No Brasil, essas teorias só passaram a ser discutidas e inseridas a partir da década de 1940, por meio do italiano Enrico Tullio Liebman, doutrinador que foi o criador de um dos principais grupos de estudo que surgiram no Brasil em relação ao direito processual, a “Escola Processual de São Paulo”.

### **2.3 Evolução do Direito processual brasileiro**

No Brasil, de início, o processo tinha como base as Ordenações Filipinas e as leis portuguesas. Liebman (1988, p. 19) esclarece que essas Ordenações eram, *in verbis*:

*[...] uma verdadeira e própria codificação [...] redigida por uma comissão de juristas educados e formados nas Universidades Italianas, ou, pelo menos, nos métodos e sobre as obras dos mestres que neles ou em torno deles tenham desenvolvido o seu magistério, [e] representavam nada mais do que uma síntese das doutrinas do direito comum, salvo aquelas poucas matérias nas quais foi acolhido algum instituto ou alguma regra trazida pelas leis ou costumes locais.*

Em 1850, foi editado o Regulamento 737, primeiro Código de Processo Nacional para as causas comerciais, abrangendo, posteriormente, as civis, por determinação do Regulamento 763/1890. O regulamento 737, publicado juntamente com o regulamento 738, entrou em vigor com o código comercial, em 25 de novembro de 1850. Esse regulamento foi de extrema importância para a edição do Código de Processo Civil do ano de 1973.

Em 1871, o governo, incumbiu Antônio Joaquim Ribas de reunir todas as normas diretamente ligadas ao processo civil, a fim de consolidar tais normas. No ano de 1876, passa a ter força de lei a Consolidação das Leis do Processo Civil.

Em virtude da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, passando a instituir o governo Republicano, uma das primeiras medidas em relação ao processo civil foi que aplicasse, no processo, o julgamento e a execução das causas cíveis no geral bem

como as disposições do Regulamento 737 de 1850. Desse modo, os procedimentos especiais que não tinham previsão no regulamento foram mantidos (CATÃO, 2016).

Com a Constituição de 1934, foi necessária a promulgação de um novo código de processo: Código de Processo Civil (1939) e Código de Processo Penal (1941), tendo o governo organizado comissões de juristas para tal fim.

Diante de várias críticas ao código de 1939 e da criação de inúmeras leis extravagantes, fez-se necessária a reformulação desse código, que vigorou por 34 anos. Em 1973, a elaboração do código de processo civil fora incumbida a Alfredo Buzaid, aprovado e promulgado pela Lei n. 5.869/1973, surgindo, assim, o Código de Processo Civil de 1973.

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, o processo era dividido em três espécies: processo de conhecimento, tendo como principal objetivo resolver o litígio; processo de execução, ocorrendo quando o primeiro não é mais necessário, ou seja, o direito já foi reconhecido; e processo cautelar, que vinha como uma via acessória, para proteger o objetivo da demanda que poderia vir a sofrer danos em decorrência da demora no andamento do processo (CATÃO, 2016).

Para cada ocasião era necessário promover uma ação autônoma, uma para reconhecer o direito, outra para efetivá-lo e, caso necessário, outra para protegê-lo até o pronunciamento jurisdicional final, o que tornava o acesso à justiça excessivamente penoso e demorado.

Muitas alterações foram realizadas desde que se tornou vigente o código de 1973 buscando a simplificação dos atos e procedimentos para uma maior agilidade do serviço jurisdicional. As principais alterações ocorreram depois da Emenda Constitucional n. 45, que criou a "razoável duração do processo" e assegurou a todos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVII, CF).

Tão profundas foram essas mudanças que repercutiram até mesmo em temas puramente teóricos como a classificação do processo, que passou por muitas modificações desde 1994 com a edição da Lei n. 8.952 até a publicação do Novo Código de Processo Civil com a Lei n. 13.105/2015.

No ano de 2015, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, o qual aborda os assuntos processuais de forma moderna e prática, com desencadeamento lógico e alterações, inclusive sobre o processo eletrônico. As normas processuais buscam a plena satisfação do direito material, ou seja, um processo de resultados (efetividade do processo) (MARCACINI, 2016).

Uma das razões para a proposta de um novo Código era a tentativa de solucionar os conhecidos males que acometem os processos judiciais, especialmente a sua morosidade. Como se vê, trata-se de um problema que se repete ao longo dos tempos.

### **3 BREVE HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

O princípio do Juiz Natural foi primeiramente invocado na Inglaterra durante a Idade Média, no ano de 1215, por ocasião da edição da Magna Carta Inglesa, no reinado do monarca João Sem Terra. Nela estava assegurado que “nenhum homem livre poderia ser preso, encarcerado, ou despojado de seus bens, proscrito ou desterrado, de qualquer forma liquidado, a não ser por seus pares, segundo a lei da terra”. Vislumbram-se, por conseguinte, os contornos do princípio do juiz natural, objetivando julgamento justo e imparcial, baseado na lei, sem interferência política.

Desde a Idade Média, os legisladores se preocupavam não só com a legitimidade de proteção às garantias individuais, mas também com a busca de limitação do poder estatal, de modo que fossem elaborados dispositivos jurídicos garantidores de imparcialidade, igualdade e objetividade nos julgamentos.

No entanto, o advento do princípio do juiz natural, sobretudo quanto à proibição de criação de juízos após ocorridos os fatos, só reapareceria na promulgação da *Petition of Rights* (1627) e da *Bill of Rights* (1688), ambos os diplomas foram instituídos pela Inglaterra. Tal preceito foi também reafirmado pela Constituição dos Estados Unidos da América (1776). Contudo, quase 600 anos se passaram até que o princípio em apreço fosse instituído formalmente e recebesse as características próximas do modelo que conhecemos atualmente. Tal oficialização ocorreu somente no ano de 1814, por ocasião da publicação do referido princípio na Carta Constitucional Francesa, em que o documento mencionava, pela primeira vez, o nome “Juiz Natural”.

No processo de evolução histórica do princípio em questão, torna-se relevante delinear sobre o Tribunal Militar Internacional (Tribunal de Nuremberg), mais famoso tribunal de exceção em oposição ao juiz natural, instaurado para julgar os crimes cometidos pelos nazistas durante a Segunda Guerra Mundial. Foram ouvidas várias pessoas entre sobreviventes e acusados, e lavrados documentos para o julgamento dos réus, culminando na condenação a penas de prisão até morte por enforcamento e na absolvição de alguns indivíduos. Registre-se que foi discutido intensamente se criação desse tribunal de exceção, para julgar fatos já praticados, encontrava convalidação no direito internacional, haja vista, nos ordenamentos jurídicos de vários países, a prevalência do princípio do juiz natural com a conseqüente vedação à criação dos tribunais de exceção.

Nesse interregno, uma significativa parcela da população mundial condenou a criação do Tribunal de Nuremberg por desrespeitar o princípio do juiz natural e ofender os

direitos e garantias individuais consagrados na maioria das cartas constitucionais de seus países. Por outro lado, renomados juristas entenderam que a instalação do aludido Tribunal foi plenamente justificada pelo contexto social, considerando o julgamento realizado pelos juízes como isonômico.

Continuando sua evolução histórica, o princípio do Juiz Natural está também respaldado pelo art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) no trecho, *in verbis*, "todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal". Nessa perspectiva, salienta-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, realça no item 1 de seu art. 8º que as partes devem ter o litígio julgado por um juiz competente, imparcial e independente.

O princípio em comento foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro na primeira Constituição Nacional (1824), outorgada por Dom Pedro I, que, em seu art. 179, inc. XII, preceituava: "à exceção das causas que por sua natureza pertençam a juízos especiais, não haverá foro privilegiado nem comissões especiais nas causas cíveis ou criminais". De outro giro, o art. 149, inc. II, asseverava que "ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior e na forma por ela estabelecida". Contudo tais dispositivos não eram efetivamente respeitados, uma vez que a Constituição Federal havia sido editada pelo próprio monarca.

Esse princípio voltou a ser normatizado na Constituição de 1891, por meio do art. 72. Já a Constituição brasileira de 1934 o contemplava no art. 113, nº 25, em que se fixava a vedação aos tribunais de exceção. Já a Carta Ditatorial de 1937 não mencionava a garantia do juiz constitucional, trazendo à baila a possibilidade de instalação de tribunais de exceção. Vale lembrar que, na citada Constituição, o chefe da nação se tornou o detentor do poder absoluto, visto que afastou a legitimidade dos outros poderes e passou a governar com edição de decretos-lei. A Constituição de 1946 consagra o princípio em apreço no art. 141, inc. 26 e 27. Na Constituição de 1964, o princípio estava consubstanciado no art. 150, inc. 15, destacando-se que os crimes contra a segurança nacional seriam julgados pela Justiça Federal Militar.

Com a iminente industrialização e modernização no Brasil, tornou-se patente a criação de um código que unificasse e delimitasse o direito processual civil no intuito de fornecer mais segurança jurídica para os cidadãos. Todavia o ambiente efervescente e ditatorial vivenciado por ocasião do Estado Novo, do presidente Getúlio Vargas, não proporcionou condições para que o Código de Processo Civil de 1939 contemplasse a instituição do princípio do Juiz Natural, embora estivesse abarcado em duas constituições



anteriores. Outrossim, o primeiro código genuinamente brasileiro foi alvo de críticas por sua falta de sincronia entre suas diferentes partes. Já os códigos de processo civil de 1973 e 2015 fazem menção à ao Juiz Natural como único garantidor da prestação jurisdicional neutra e justa.

Com a Constituição Federal de 1988, a garantia de julgamento de demandas jurisdicionais por juízos ou tribunais preexistentes foi consagrada como direito fundamental das partes litigantes, vedando a criação de tribunais de exceção ou juízos *ad hoc*.

#### **4 ASPECTOS ESPECÍFICOS DO JUIZ NATURAL**

O princípio do juiz natural, também denominado de princípio da imparcialidade do juiz, está preconizado nos incisos XXXVII e LIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No inc. XXXVII, prescreve-se que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, enquanto, no inc. LIII, determina-se que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

O princípio constitucional do juiz natural fortalece a imparcialidade, legalidade, isonomia, justiça e legitimidade da jurisdição, proibindo criação de juízos ou tribunais de exceção (FERNANDES, 2004). Ademais, o órgão julgador será previamente instituído pelo ordenamento jurídico-constitucional, não podendo as partes litigantes serem julgadas por juízos ou tribunais constituídos arbitrariamente e sem poder jurisdicional. Assim, a CF/88, ao dispor sobre a atuação da autoridade judicial, delimitou o possível arbítrio do Poder estatal (GONÇALVES, 2019).

Importante consignar considerações acerca da competência. Conceitua-se a competência como medida do poder jurisdicional com vistas à apreciação com posterior decisão de litígios. Note-se que ela está, intrinsecamente, vinculada ao juiz natural, visto que, a partir dela, tem-se um juízo ou um tribunal imparcial, pré-constituído e justo no julgamento da causa. Nessa toada, torna-se imprescindível a análise das normas de competência inseridas não só na CF/88 como também na legislação infraconstitucional (MONNERAT, 2018). Sendo assim, o operador de direito visualiza, pormenorizadamente, a estrutura da organização judiciária com a sua respectiva repartição de competências jurisdicionais.

Nesse sentido, caso haja desobediência às normas de competência jurisdicionais, é insofismável a existência de ofensa ao princípio do juiz natural. Além disso, impende observar que o aludido princípio veda a escolha do juiz pelo autor ou por outro participante da demanda judicial. Acrescenta-se que, quando as normas de competência apontarem que há mais de um juízo competente para julgar a causa, é determinado que se efetive a distribuição processual por intermédio de sorteio eletrônico. Geralmente, tal

situação acontece quando se têm vários juízos na mesma base territorial com idêntica competência para uma matéria específica.

Faz-se mister acrescentar que legislação nova pode suprimir órgão jurisdicional ou alterar a competência absoluta do juízo atinente a julgamento de fatos. Nesse caso, é obrigatória a sua aplicação aos processos não finalizados. Frisa-se que o art. 43 do CPC consigna que a competência é determinada no momento do registro ou distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações fáticas ou de direito ocorridas posteriormente. Entretanto excepciona a redação relativa a casos em que há supressão de órgão jurisdicional ou alteração da competência absoluta do juízo, visto que, nesse cenário, haverá sim a aplicação de lei nova a processos em curso. Informa-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF e o Superior Tribunal de Justiça – STJ interpretam que, na situação em apreço, não há violação ao princípio constitucional do juiz natural, visto que a competência do novo juízo para julgamento dos fatos está balizada em normas prévias.

No entanto não se podem confundir tribunais de exceção com juízos especiais, tendo em vista que estes estão consolidados no arcabouço constitucional com regras específicas, e aqueles são órgãos constituídos para julgamento de fatos específicos já ocorridos. Outrossim, embora a jurisdição seja una, há, na legislação do País, as justiças especializadas com competências expressamente definidas.

No tocante à imparcialidade do juiz natural, relevante mencionar o disposto nos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil – CPC, os quais arrolam, respectivamente, circunstâncias de impedimento e suspeição do magistrado, comprometendo a imparcialidade do juiz e o justo julgamento dos processos. Monnerat (2018) afirma que a distinção entre a suspeição e o impedimento pode ser realizada mediante aspectos de imparcialidade e de objetividade (ou a subjetividade). Em linhas gerais, os casos de impedimento são vícios mais graves dotados de elementos de caracterização objetiva; já a suspeição consiste em vícios, geralmente, menos graves com caracterização dificultosa devido a seus elementos mais subjetivos.

Nessa esteira, caso o juiz constate ser, nos termos das normas jurídicas, suspeito ou impedido, deve, de forma imediata e independentemente de provocação, afastar-se do processo e direcioná-lo a seu substituto legal. Contudo, se o magistrado não se considerar suspeito ou impedido e a parte observar hipótese comprometedoras da imparcialidade do julgador, esta pode provocar, por pleno direito, a declaração de impedimento ou suspeição do juiz. Para tal, a parte pode se valer da arguição de impedimento ou suspeição preconizada no art. 146 do CPC. Consubstancie-se que, mesmo que não seja autodeclarado pelo juiz e não seja oposta a exceção pelas partes em casos de impedimento ou suspeição do magistrado, tal situação, por expressar ofensa expressa ao princípio constitucional do

juiz natural, pode ser evidenciada a qualquer tempo e grau de jurisdição, tendo em vista que são nulos os pronunciamentos e decisões judiciais proferidos por um magistrado considerado parcial no julgamento da causa.

Relevante citar que foi decidido pelo STF no julgamento do Habeas Corpus 88.660/2008, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que a criação de varas especializadas para julgar crimes financeiros e de lavagem de dinheiro não gera ofensa ao princípio do juiz natural. Note-se que, nessa sessão colegiada, o voto do Ministro Marco Aurélio foi vencido.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou mostrar a evolução histórica do Direito Processual Civil, além de correlacioná-lo ao princípio do juiz natural. Verificou-se que as normas processuais foram criadas, desde os tempos da Grécia antiga, para resolver, sobretudo, os conflitos sociais. Inicialmente, na fase antiga, o seu pilar estava baseado em elementos divinos e abstratos, não se fazendo a distinção entre elementos materiais e processuais. Na fase contemporânea (a partir do fim do século XVIII), mediante o desenvolvimento de técnicas científicas, discriminou-se no campo jurídico a parte material da processual. Pontua-se que, naquele momento, o Direito Processual Civil se desenvolveu com veemência.

Pertinente mencionar também que o direito processual civil é um ramo jurídico do Direito Público que atua mediante um conjunto de princípios e regras jurídicas, incisivamente sobre os fatos sociais. Como explanado, a partir dele e do poder da jurisdição estatal, vários conflitos de interesse são solucionados.

Como evidenciado, foi realizado um estudo científico sobre os aspectos do princípio do juiz natural no que tange à sua importância no texto constitucional do País. Nessa linha, demonstrou-se que tal princípio é estritamente importante para a ascensão de uma sociedade democrática pautada por mais justiça e mais isonomia. Isso porque o princípio constitui a função jurisdicional e visa à busca da imparcialidade no julgamento das diversas causas, vedando a criação de juízos e tribunais de exceção.

## 6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 737 e 738 de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 20 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.** Código Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 5.869 de 11 janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impresao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impresao.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Teoria Geral do Processo.** 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CATÃO, Matheus Jeruel F. **A evolução do processo civil brasileiro e a classificação do processo.** 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51262/a-evolucao-do-processo-civil-brasileiro-e-a-classificacao-do-processo>>. Acesso em: 26 mar. 2022.

CINTRA, Antonio Carlos A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERNANDES, Cristina Wanderley. O princípio do Juiz Natural e os Tribunais de Exceção. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VII, n. 17, maio 2004. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=3484](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3484)>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano: 1948. In: **Ricerche sul processo**. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Rimini: Maggioli, 1988. v. 4, p. 19.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **As inovações do CPC de 2015**: da propositura da ação até a sentença. São Paulo: A. Marcacini, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Millennium, 2003.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução ao estudo do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PICARDI, Nicola; NUNES, Dierle. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. 2015.

Disponível em:

<[https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190\\_Tomo2.pdf#page=94](https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496922/RIL190_Tomo2.pdf#page=94)>. Acesso em: 4 mar. 2022.

## O ASSÉDIO SEXUAL NA ERA DIGITAL

**MARIANA ALVES MENEZES NEVES:**

Discente do curso de Direito pelo Centro  
Universitário de Goiatuba-Unicerrado.

**ANDREYNNA LOPES AZEVEDO**<sup>338</sup>

(coautora)

**Resumo:** O presente trabalho busca discorrer sobre o assédio sexual sofrido por diversas pessoas, em sua grande maioria, mulheres com advento da era digital, contrapondo a ocorrência dessa violência com os direitos e garantias vigentes na doutrina da proteção integral. A metodologia utilizada foi a pesquisa empírica, sendo aplicado um questionário utilizando-se da plataforma digital Google Forms, à população acadêmica do Centro Universitário de Goiatuba-Unicerrado, na cidade de Goiatuba, estado de Goiás. Como resultados, infere-se necessário uma maior conscientização popular sobre o tema, a necessidade de uma legislação específica sobre os crimes versados e o carecimento de programas governamentais para apoio das vítimas.

**Palavras-chave:** Assédio, era digital, crimes sexuais.

**Abstract:** The present work seeks to discuss the sexual harassment suffered by several people, mostly women with the advent of the digital age, contrasting the occurrence of this violence with the rights and guarantees in force in the doctrine of integral protection. The methodology used was empirical research, with a questionnaire being applied using the Google Forms digital platform to the academic population of the Centro Universitário de Goiatuba-Unicerrado, in the city of Goiatuba, state of Goiás. As a result, it is inferred that there is a need for greater popular awareness on the subject, the need for specific legislation on the crimes dealt with and the lack of government programs to support victims.

**Keywords:** Harassment, digital age, sexual crimes

### 1. INTRODUÇÃO

Antes de tratar do assédio em âmbito virtual, é necessário entender o que é de fato o assédio sexual, e o que o caracteriza. A doutrinadora Maria Helena Diniz (1998, p. 285) conceitua o assédio sexual como sendo, o "Ato de constranger alguém com gestos,

---

<sup>338</sup> Discente do curso de Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba-Unicerrado



palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se as de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com um escopo de obter vantagem sexual”. A prática esta tipificada no artigo 216-A, caput do Código Penal, possuindo a seguinte redação:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1(um) a 2 (dois) anos.

Ponderando sobre a tipificação citada podemos identificar o tipo penal como sendo “constranger alguém”, isto é, praticar contra alguém um ato de ameaça, intimidação. O verbo “constranger” utilizado pelo legislador é bastante amplo, o que gera uma certa dificuldade na conceituação do crime já que este é empregado sem menção de meios executórios, admitindo assim um crime de forma livre<sup>339</sup>.

Outro ponto a ser analisado é a condição do agente “superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”, o que limita o crime ao ambiente de trabalho, configurando-se assédio somente quando abranger fatos ocorridos em ambiente laboral. O ordenamento jurídico também traz outras medidas punitivas que dão apoio ao crime de assédio, sendo elas crimes de injúria e a contravenção penal. A injúria está tipificada no artigo 140, caput do Código Penal e diz sobre a ofensa a dignidade ou o decoro de alguém, sendo consumado na ocorrência de ofensas por meio de xingamentos, atingindo a honra, ou mesmo fisicamente, já contravenção penal, é considerada uma infração menos rigorosa que o crime, estando a diferença em relação aos crimes nas sanções a serem aplicadas, multa e prisão simples nas contravenções.

Acerca das características do assédio, é possível perceber que este é um tipo de violência de gênero sendo as mulheres as mais afetadas, visto que estas são a maioria das vítimas de crimes sexuais como mostra a Nota Técnica Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde<sup>340</sup> (Ipea, 2014), o relatório apresenta as características pessoais das vítimas de estupro no ano de 2011, sendo que 88,5% das vítimas eram do sexo feminino, em contrapartida 11,5% do sexo masculino.

---

339 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 931p.

340 Disponível em:  
[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf) Acesso em: 06 junho 2020.

O assédio possui diversas facetas todas elas praticadas em ambientes diferentes e com formas próprias que os caracterizam; logo, o assédio sexual em âmbito digital, se dá na internet, como o próprio nome diz, através de mensagens, vídeos, fotos etc. Este tipo de assédio traz à tona um debate sobre as relações online e como podem ser prejudiciais aos usuários da internet, sobretudo para as mulheres. Conforme mostra a Pesquisa Brasileira de Mídia: Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira, elaborada pelo Ibope (Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística) no ano de 2016, a internet é o segundo meio de interação mais utilizado no Brasil, isso permite que haja milhares de interações com diferentes pessoas que estão espalhadas por todo mundo, todavia, nem sempre essas interações são benéficas, provocando conflitos e prejuízos a integridade da pessoa, sendo o assédio sexual uma dessas práticas consideradas nocivas aos usuários das redes.

Um exemplo a ser citado para comprovação dos malefícios trazidos pelo uso desregrado da internet, é a pesquisa realizada pela SaferNet Brasil<sup>341</sup>, associação civil de direito privado que visa proteger a defesa dos direitos humanos na internet, que mostra que o Brasil registrou um aumento de 109,95% em denúncias de crimes na internet no ano de 2018. A associação recebeu, por meio da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos, 133.732 queixas somente em 2018, enquanto em 2017 foram registradas 63.698, sendo que os três crimes mais denunciados no ano foram de pornografia infantil (60.002 denúncias), conteúdos de apologia e incitação à violência e crimes contra a vida (27.716 denúncias) e violência contra mulheres ou misoginia (16.717 denúncias).

Outra pesquisa realizada em março de 2018, pelo Instituto Avon em parceria com a Folks Netnográfica<sup>342</sup>, intitulada de “A Voz das redes: o que elas podem fazer pelo enfrentamento das violências contra as mulheres”, mostrou que no ano de 2017 o assédio foi o 26º (vigésimo sexto) assunto mais comentado na internet, as menções sobre o tema cresceram cerca de 324% (trezentos e vinte e quatro por cento), destacando o objeto desta pesquisa, o assédio sexual em âmbito virtual, o qual segundo o relatório cresceu mais de 26.000% (vinte e seis mil por cento) entre os anos de 2015 e 2017, sendo a divulgação de conteúdo íntimo a ocorrência mais frequente.

Uma das justificativas para o crescimento absurdo dos casos de assédio virtual está no fato de que a tela causa dois efeitos no agente praticante do crime, sendo eles a

---

341 <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/02/05/denuncias-de-crimes-online-contra-mulheres-sobem-1600-no-brasil-em-2017>. Acesso em 06 junho 2020.

342 Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/voz-das-redes/>. Acesso em 06 junho 2020.

sensação de anonimato do autor, isto é, este sente que não será descoberto, e o distanciamento físico da vítima, o que resulta na prática do crime sem remorso, pois este distanciamento causa no autor a falsa sensação de que a vítima é incapaz ou inapta para reagir contra o assédio feito pelo autor, pois este não a vê. Ademais, muitos autores deixam de praticar o assédio de forma presencial para praticá-lo de forma virtual, pois acham que ficarão impunes.

Diante do objeto exposto, a pesquisa traz como problema o assédio sexual no ambiente digital na perspectiva do público universitário feminino, tendo como campo de coleta de dados o Centro Universitário de Goiatuba- UniCerrado e como participantes os universitários da instituição discentes dos cursos oferecidos, ademais a pesquisa visa responder as seguintes questões: O que significa o assédio sexual para o ordenamento jurídico brasileiro? Em qual idade ocorrem mais assédios? As vítimas geralmente buscam a delegacia para registrar ocorrência? O assédio é praticado por pessoas conhecidas? Entre outras questões

## **2. JUSTIFICATIVA**

Tendo em vista o crescente número de usuários conectados usuários conectados à internet nos tempos modernos, é relevante entender e perceber as novas realidades criminológicas e penais trazidas por essa ação da tecnologia na sociedade, enfatizando a necessidade da criação de uma subdivisão dentro do Direito Penal para tratar exclusivamente dos delitos ocorridos em âmbito virtual.

Ademais é de suma importância, para que haja um combate mais eficaz destes delitos, que os usuários saibam sobre os riscos existentes nas redes virtuais e saibam identificá-los. Logo, presente estudo tem por objeto principal a aplicação de um questionário para que assim chegue uma possível conclusão com intuito de fundamentar e chegar a um possível levantamento sobre o que foi posto bibliograficamente. Para que posteriormente seja enfatizado o percentual de crimes sexuais ocorridos em âmbito virtual impunes em contrapartida com a quantidade de crimes sexuais denunciados, bem como os motivos pelos quais muitas vítimas não realizam as denúncias. Para que assim os leitores identifiquem mais facilidade os riscos aos quais estão expostos e a necessidade de relatar, denunciar os abusos e agressões sofridas nas redes.

## **3. METODOLOGIA**

Acerca da metodologia, os dados serão obtidos através de pesquisa empírica que se dedica ao tratamento da "face empírica e fatural da realidade; produz e analisa dados, procedendo sempre pela via do controle empírico e fatural" (Demo, 2000, p. 21), buscando fundamentar e comprovar no plano da experiência aquilo que foi apresentado de forma

conceitual, para que assim se alcance uma maior concretude às argumentações apresentadas.

Os dados foram obtidos através de questionário (Anexo 1), aplicado utilizando-se da plataforma digital Google Forms. Foram aplicadas 17 (dezessete) questões, sendo estas definidas para as respostas "sim", "não", além de outras respostas objetivas relacionadas a questionamentos específicos, ademais também foram introduzidas questões abertas para que o entrevistado expusesse sua percepção geral quanto as indagações específicas do questionário. Por fim, para coleta de dados foram escolhidos os discentes do Centro Universitário de Goiatuba-UniCerrado.

O público alvo dos resultados da pesquisa são os alunos do Centro Universitário de Goiatuba- UniCerrado, e demais pessoas que se interessam pela área dos crimes sexuais cibernéticos, com foco principal no público universitário para colaborar na conscientização do problema enfrentado silenciosamente por mulheres

#### **4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS**

Conforme já mencionado na metodologia do presente trabalho, foi aplicado um questionário composto por 17 (dezessete) questões executadas através da plataforma digital Google Forms <sup>343</sup>, com público alvo do Centro Universitário de Goiatuba-UniCerrado. A princípio foram 62 (sessenta e duas) pessoas que responderam.

Inicialmente, na primeira questão procura-se saber dos entrevistados em relação a sua idade, obtendo como respostas de 3,2% dos resultados como menores de 18 anos que equivale a duas pessoas, 77,4% para a idades entre 18 e 25 anos totalizando 48 pessoas, houve também respostas de oito pessoas equivalendo a 12,9% das respostas entre idades de 26 e 35 anos. Por último 6,5% de quatro pessoas que possuem mais de 35 anos.

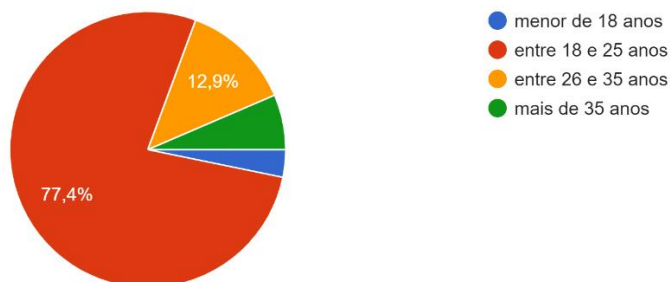
Gráfico 1- Idade dos participantes

---

<sup>343</sup>[https://docs.google.com/forms/d/1Dj5yOqDHW4bc7\\_rekVsegiF6ob6Hiy7uloiDSjCa5TQ/edit#question=1800514397&field=974035425](https://docs.google.com/forms/d/1Dj5yOqDHW4bc7_rekVsegiF6ob6Hiy7uloiDSjCa5TQ/edit#question=1800514397&field=974035425). Aplicado em 05 junho 2020.

Qual a sua idade?

62 respostas



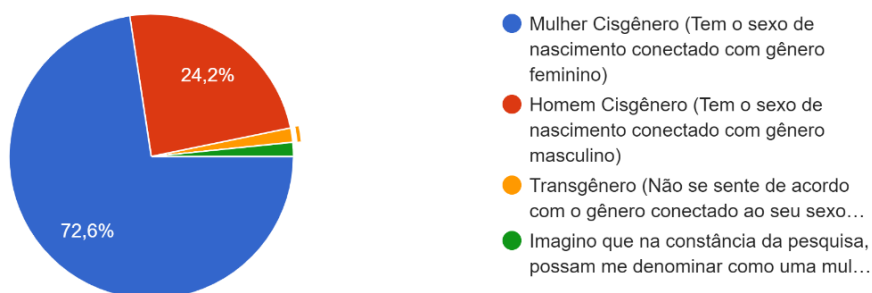
**Fonte: elaborado por Google Forms**

A segunda questão foi retratada sobre o gênero em que os participantes se identificam, dentre as opções para mulher cisgênero, ou seja, aquela pessoa que tem o sexo de nascimento conectado com o gênero feminino obteve a maioria com 72,6% equivalente a 45 pessoas. Logo após, o gênero Homem Cisgênero, isto é, aquele cujo o sexo de nascimento é conectado com o gênero masculino, equivalendo a 15 pessoas o que totaliza 24,2%, e outro 1,6% para a resposta de pessoas que não se sentem confortáveis com o seu sexo biológico, e outra 1 pessoa que respondeu para outros justificando, (parafraseando a entrevistada imagino que na constância da pesquisa, possa me denominar como uma mulher cisgênero, mas eu não me conecto com meu gênero, pois parto de um pressuposto que o gênero é uma imposição social, um sistema de expectativas, compulsões e hierarquias impostas aos homens e mulheres, e não algo a ser escolhido.)

Gráfico 2- Gênero dos participantes

Em qual Gênero você se identifica?

62 respostas

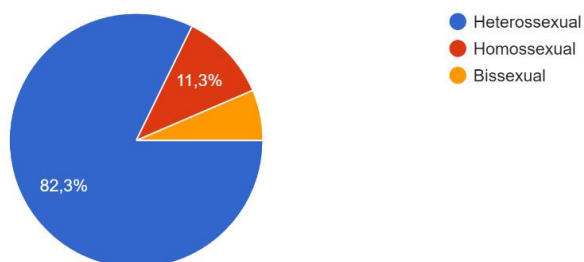


**Fonte: elaborado por Google Forms**

A terceira interrogação realizada dispõe acerca da orientação sexual dos participantes foi respondido por maioria de 51 pessoas que corresponde a 82,3% para pessoas que se relacionam com pessoas do sexo oposto. Para a segunda opção foram apenas sete pessoas correspondendo a 11,3% que afirmaram a homossexualidade. Por fim, foram computados 6,5% dos resultados para bissexuais pertencendo a quatro pessoas.

Gráfico 3- Orientação sexual dos participantes

Qual a sua orientação sexual ?  
62 respostas



**Fonte: elaborado por Google Forms**

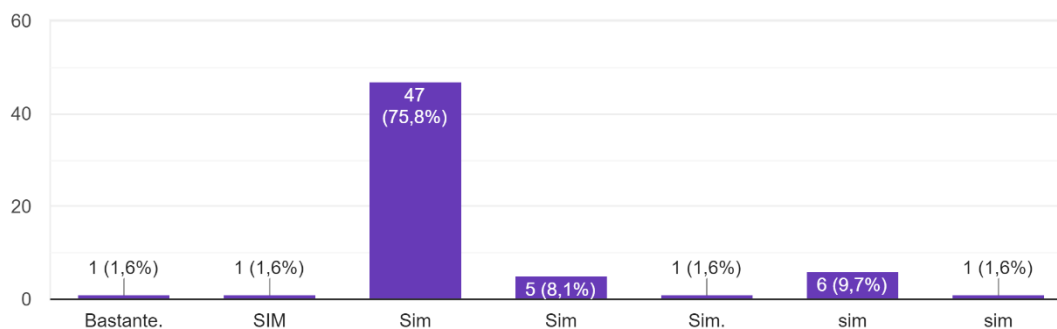
Houve também como quarto questionamento o acesso à internet, que a resposta de livre escolha aberta ao participante que ao computar obteve respostas como "sim" e "bastante", que contados pela plataforma de questionário foram descritas tais como demonstra o gráfico.

Gráfico 4- Percentual de acesso à internet



Você tem acesso a internet ?

62 respostas



**Fonte:**

**elaborado por Google Forms**

A próxima pergunta questiona sobre a existência de perfis nas redes sociais, que teve a maioria como positivo, e ainda como era uma pergunta aberta e posteriormente modificada para objetiva, obteve também diversas respostas com a descrição de quais redes sociais eram utilizadas pelos usuários. No geral foram respostas para sim, não calculando nenhuma resposta para não possuir redes sociais. Veja-se, pois o gráfico:

Gráfico 5- Percentual de possuidores de perfis redes sociais, parte 1

Você possui perfis em redes sociais ?

62 respostas

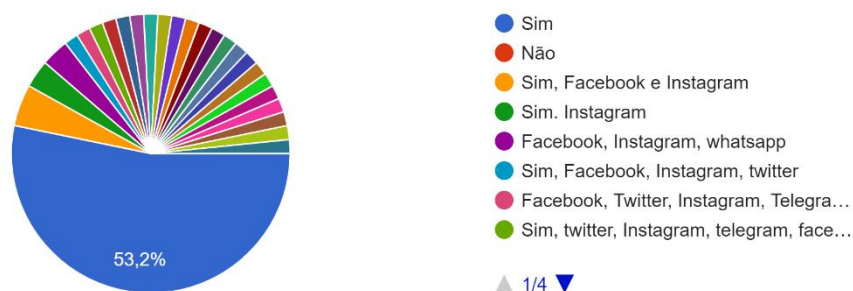


Gráfico 5- Percentual de possuidores de perfis redes sociais, parte 2

Você possui perfis em redes sociais ?

62 respostas

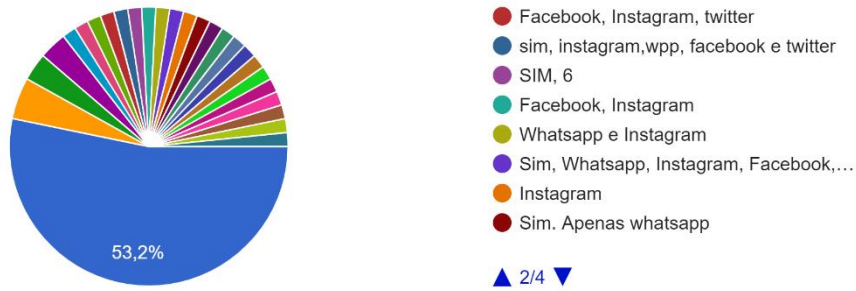


Gráfico 5- Percentual de possuidores de perfis redes sociais, parte 3

Você possui perfis em redes sociais ?

62 respostas

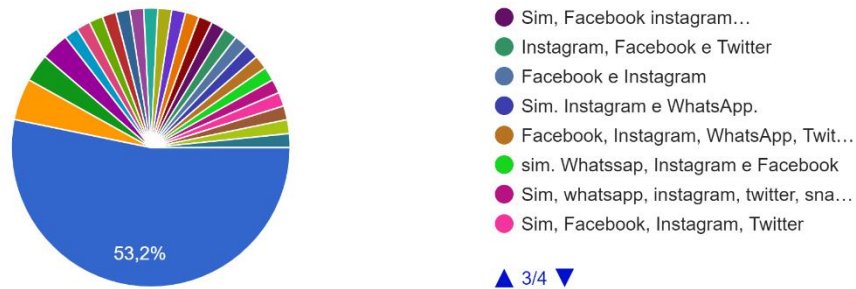
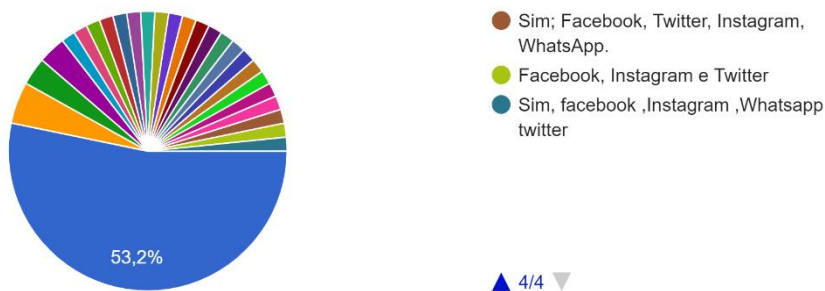


Gráfico 5- Percentual de possuidores de perfis redes sociais, parte 4

Você possui perfis em redes sociais ?

62 respostas



Fonte: elaborado por Google Forms (2020)

A pergunta no qual se relaciona diretamente com a resposta anterior, adicionada logo após a aplicação do questionário teve apenas 30/62 respostas, teve opções tais como, *facebook*, *whatsApp*, *instagram*, *twitter* e como opção para resposta aberta que foram identificadas respostas como possuidores de todas redes sociais. Para respostas objetivas houve seis pessoas que responderam ter somente o *facebook*, correspondente a 20%, nas respostas para possuidores somente de *whatsApp* 30% dos resultados, e para o *instagram* atingiu 16,7. Por último com 6,7% o *twitter* que corresponde a duas pessoas.

Gráfico 6- Quais os sites e aplicativos de interação mais utilizados, parte 1

Se sim, quais?

30 respostas

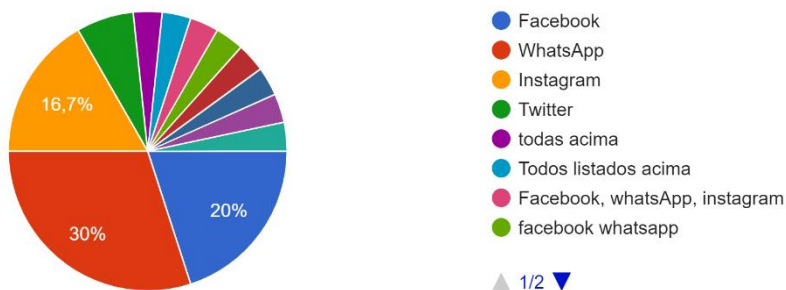
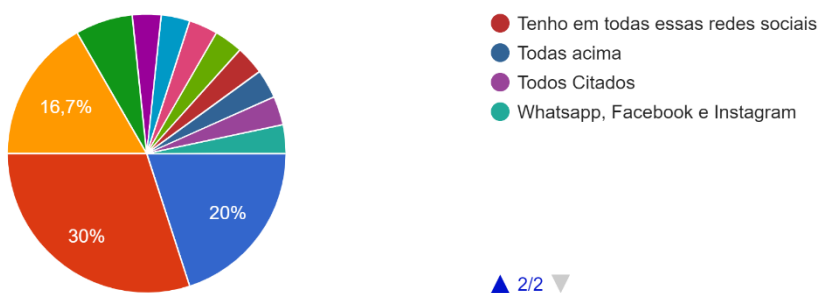


Gráfico 6- Quais os sites e aplicativos de interação mais utilizados, parte 2

Se sim, quais?

30 respostas



**Fonte: elaborado por Google Forms**

Ao que tange a sétima pergunta foi indagado sobre a atividade nas redes sociais, e exemplificado sobre o compartilhamento de fotos por parte dos usuários, que poderiam responder livremente, e foram computadas respostas variáveis como a justificativa para as vezes em que não é postado uma foto, por medo de ataques de outros usuários. A pergunta teve como maioria positiva para manter o perfil ativo com 51,6% equivalente a 32 pessoas, vejamos no gráfico as variadas respostas:

Gráfico 7- Sobre a frequência com que mantém os perfis ativos, parte 1.

Você mantém esses perfis sempre ativos ? (Ex: compartilha fotos suas frequentemente)

62 respostas

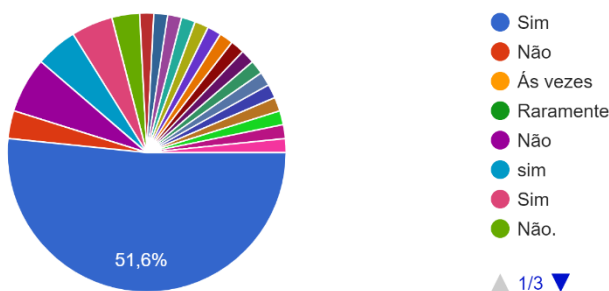


Gráfico 7- Sobre a frequência com que mantém os perfis ativos, parte 2.

Você mantém esses perfis sempre ativos ? (Ex: compartilha fotos suas frequentemente)

62 respostas

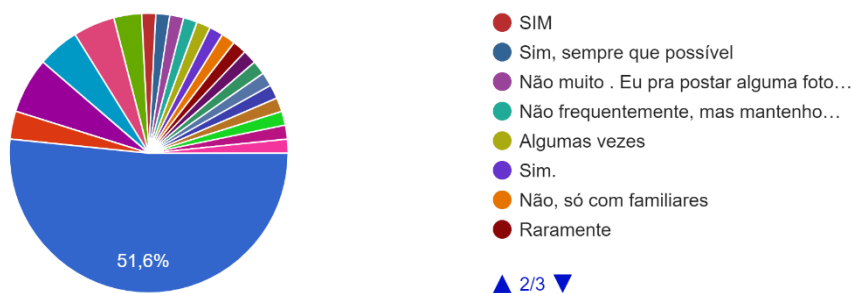
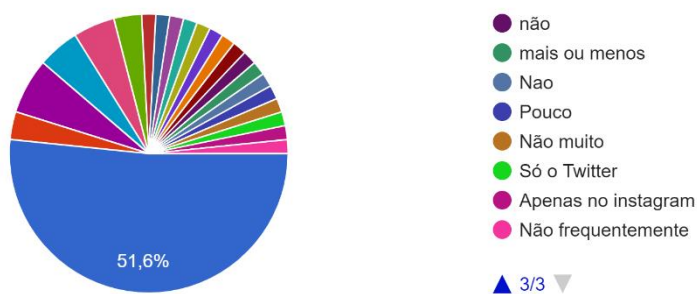


Gráfico 7- Sobre a frequência com que mantém os perfis ativos, parte 3.

Você mantém esses perfis sempre ativos ? (Ex: compartilha fotos suas frequentemente)

62 respostas



**Fonte: elaborado por Google Forms**

O oitavo questionamento incorre sobre o costume de aceitar pessoas desconhecidas nos perfis virtuais. O total de 24,2% obteve respostas variadas, tais como: raramente, não aceita o público desconhecido em alguns perfis, somente amigos da família entre outros. Para as respostas positivas obteve-se o resultado de 27,4% o que corresponde a 17 pessoas. Já para respostas negativas o resultado foi de 22,6% equivalendo a 14 pessoas. Por fim, houve também respostas como às vezes sendo o percentual de 25,8% o que condiz com 16 pessoas.

Gráfico 8- Percentual sobre aceitação de desconhecidos nas redes sociais, parte 1.

Você costuma aceitar pessoas desconhecidas em suas redes sociais?

62 respostas

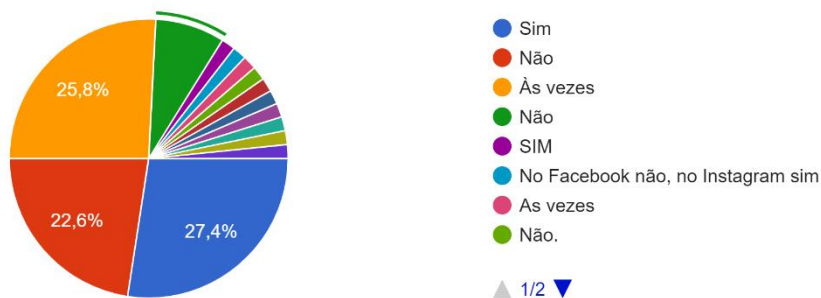
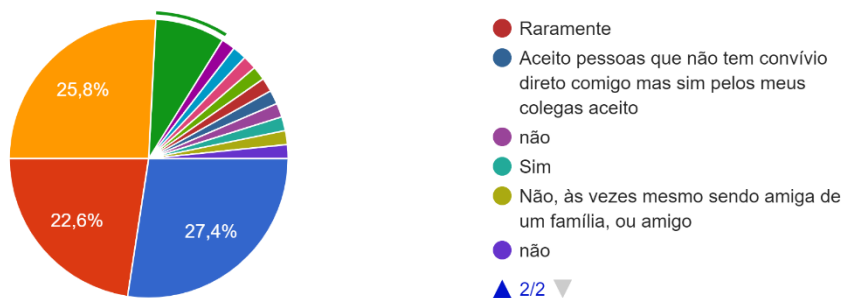


Gráfico 8- Percentual sobre aceitação de desconhecidos nas redes sociais, parte 2.

Você costuma aceitar pessoas desconhecidas em suas redes sociais?

62 respostas



**Fonte: elaborado por Google Forms**

Ao ser perguntado sobre o conhecimento de casos de assédio sexual ocorrido na esfera virtual, foi obtido um *feedback* positivo ao que tange a pergunta, pois além das respostas positivas houve diversas exposições de casos, parafraseando uma das respostas "Vídeos pornográficos são enviados no chat, chamadas de vídeos não correspondidas logo após elogios repetitivos", não computado em gráficos por ser uma questão de livre resposta, foram identificadas respostas negativas, bem como o desconforto em uma possível exposição de casos sofridos ou de conhecimento de alguém que já passou por situações como a de assédio.

A questão de número 10 indaga os participantes sobre a frequência a qual deu alguma resposta ao assédio sofrido na internet. Por se tratar de uma questão aberta obteve-se 46,7% de respostas variadas, tais como, "não, por medo de perseguições" ou



“já respondi, de forma a me defender”. Para demais respostas como “sim” foram 21% equivalendo a 13 pessoas, já para “não” 32,3% que equivale a 20 pessoas.

Gráfico 9- Percentual sobre respostas aos assédios sofridos, parte 1.

Já respondeu a algum tipo de assédio sofrido em âmbito virtual?

62 respostas

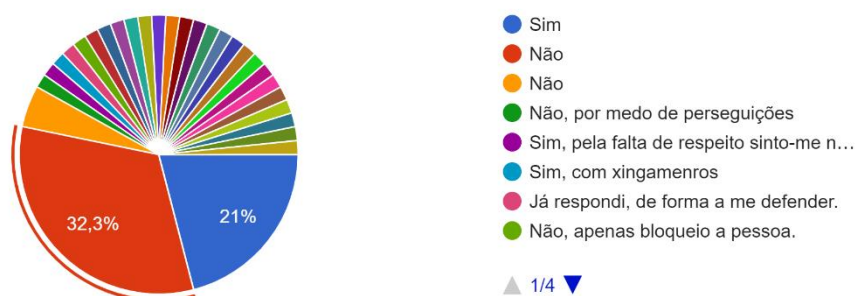


Gráfico 9- Percentual sobre respostas aos assédios sofridos, parte 2.

Já respondeu a algum tipo de assédio sofrido em âmbito virtual?

62 respostas

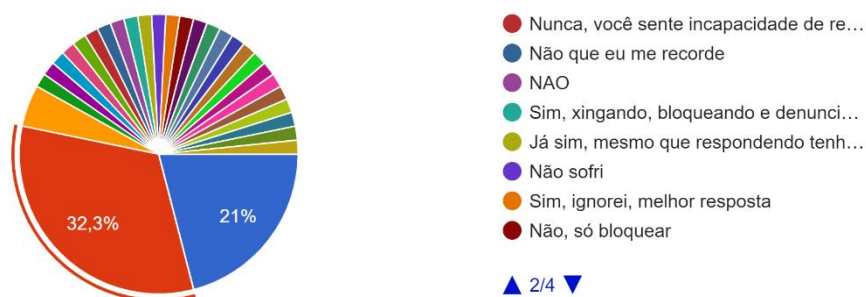


Gráfico 9- Percentual sobre respostas aos assédios sofridos, parte 3.

Já respondeu a algum tipo de assédio sofrido em âmbito virtual?

62 respostas

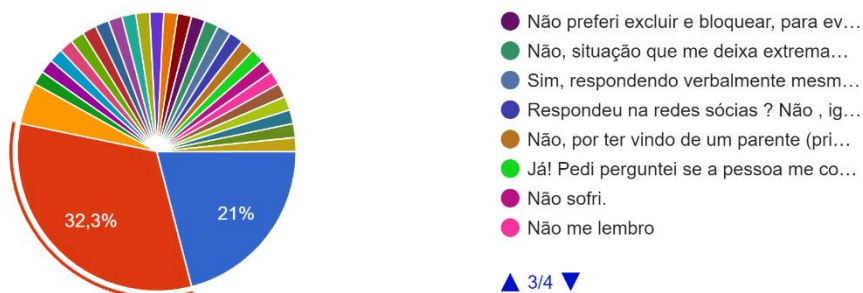
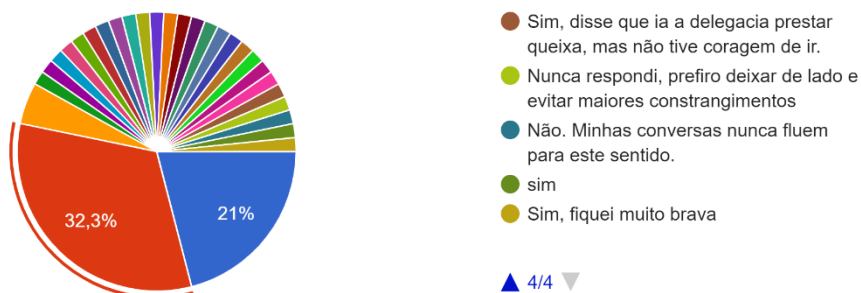


Gráfico 9- Percentual sobre respostas aos assédios sofridos, parte 4.

Já respondeu a algum tipo de assédio sofrido em âmbito virtual?

62 respostas



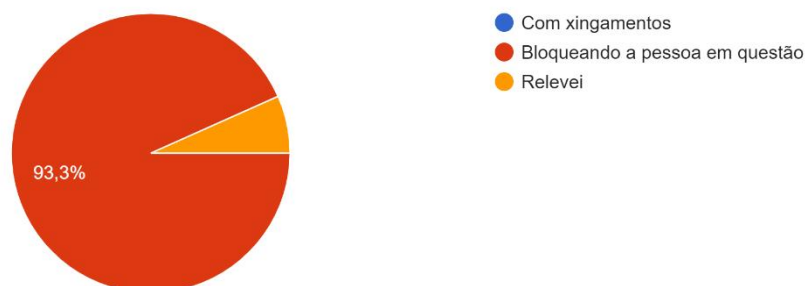
**Fonte: elaborado por Google Forms**

Relacionando a pergunta anterior, ainda foi questionado os meios de respostas dados para o assediador, em caso positivo da pergunta anterior, 15 pessoas responderam e dentre elas, 93,3% responderam entre as opções que a atitude tomada foi o bloqueio do assediador(a) e uma pessoa que equivale a 6,7% respondeu que 'relevou'.

Gráfico 10- Percentual sobre quais respostas foram dadas aos assédios.

Se sim para pergunta anterior, como respondeu ao assédio sofrido?

15 respostas



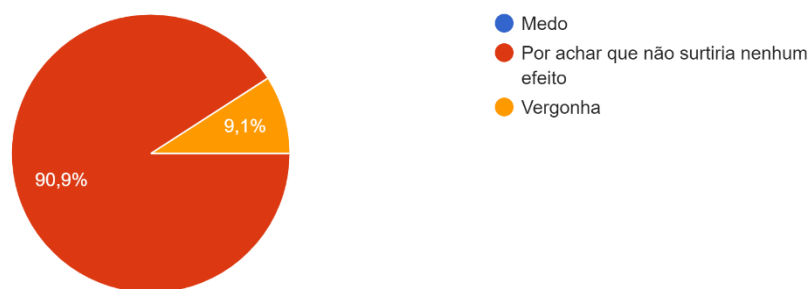
**Fonte: elaborado por Google Forms**

Ainda relacionado ao questionamento da pergunta 10, para respostas negativas foi indagado os motivos por não responder a tal agressão virtual, apenas 11 pessoas responderam a essa pergunta, 90,9% responderam que não surtiria efeitos em responder ao assédio. E outros 9,1% responderam que sente vergonha.

Gráfico 10- Percentual sobre o porquê não respondeu aos assédios.

Se não, por quais motivos não respondeu ao assédio sofrido?

11 respostas



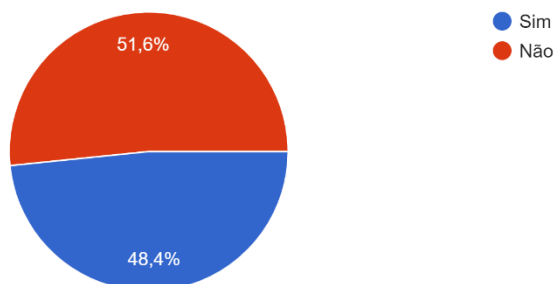
**Fonte: elaborado por Google Forms**

No questionamento 13º, buscou-se saber se os entrevistados já haviam deixado de compartilhar alguma foto pessoal em seu perfil virtual por prever algum constrangimento. 30 pessoas responderam que sim, totalizando o percentual de 48,4%, em contrapartida 32 pessoas responderam “não” integralizando outros 51,6%.

Gráfico 11- Percentual de indivíduos que já deixam de postar alguma foto por medo de sofrer assédio.

Você já deixou de postar alguma foto por medo de ser assediada(o)?

62 respostas



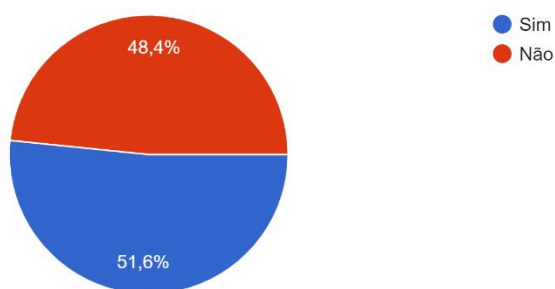
**Fonte: elaborado por Google Forms**

Dentre outras perguntas o questionamento 14º levantou a indagação sobre ser xingado(a) por negar as cantadas recebidas através de *chats*. Para "sim" obtiveram 51,6% totalizando 32 pessoas, e para "não" foram 30 pessoas equivalendo a 48,4%.

Gráfico 12- Percentual de indivíduos que já foram xingados por negar as cantadas recebidas em *chats*.

Você já foi xingada(o) por dizer não às cantadas recebidas em chats virtuais?

62 respostas



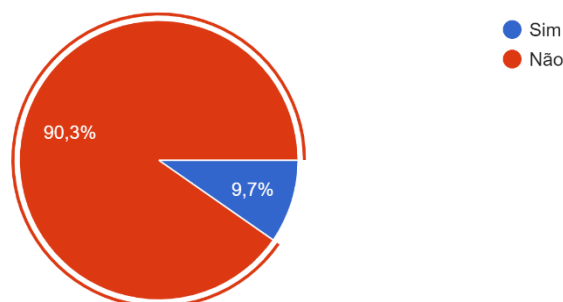
**Fonte: elaborado por Google Forms**

A questão 15, diz sobre a exposição de foto considerada íntima, 90,3% responderam "não" relacionada a 56 pessoas. Já para "sim" foram 6 pessoas referindo-se a 9,7%.

## Gráfico 12- Percentual de indivíduos que tiveram fotos íntimas vazadas ou sofreram ameaça de exposição

Você já teve alguma foto íntima vazada ou sofreu ameaças de que iriam vazar?

62 respostas



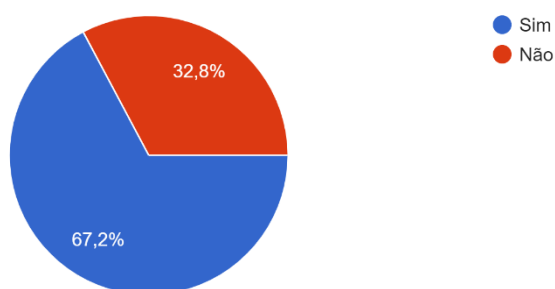
**Fonte: elaborado por Google Forms**

A penúltima questão busca levantar se os entrevistados conhecem canais de ajuda para as vítimas de assédio sexual. 67,2%, isto é, 41 pessoas conhecem algum canal de atendimento, e 32,8%, ou seja, 20 pessoas declararam não conhecer nenhuma via para denúncias.

## Gráfico 13- Percentual de indivíduos que conhecem canais de ajuda.

Você conhece algum canal de ajuda para vítimas desse tipo de assédio? (Ex: disque 100, disque 180, Ministério Público)

61 respostas



**Fonte: elaborado por Google Forms**

Retratando a última questão, para a finalização do questionário foi solicitado que os participantes expressassem uma opinião referente a medidas a serem tomadas para ajudar as vítimas e prevenir o assédio praticado nas redes sociais e meios de comunicação virtual. Dentre as respostas, a maioria sugeriu que fosse disponibilizado atendimento

psicológico gratuito e conscientização primária na educação sobre sexualidade, além de palestras e maiores divulgação do assunto.

## 5. CONCLUSÃO

A partir da análise realizada no presente trabalho somada a avaliação dos resultados do questionário aplicado, chegamos à algumas considerações.

O assédio sexual ocorrido em âmbito virtual, está ligado ao gênero, como mostram os dados do questionamento as mulheres em sua totalidade responderam que já sofreram algum tipo de assédio nas redes sociais, em contrapartidas todos os homens entrevistados responderam “não” para tal indagação.

É relevante traçar observações acerca das disposições legais para punição do crime de assédio sexual, este tipo de violência se configura de acordo com o ambiente em que é ocorre, isto é , quando o assédio se dá em ambiente de trabalho a medida legal aplicada é diferente da menina aplicada para o assédio ocorrido em âmbito virtual, por exemplo. Em resumo o primeiro é considerado crime e está tipificado no Código Penal, o segundo enquadrado como contravenção penal, pois não uma tipificação específica de assédio pois não envolve o ambiente laboral.

Ademais o assédio sexual em âmbito virtual, traz as suas vítimas uma certa dificuldade na identificação do caso sofrido e uma sensação de impunidade, como mostra o gráfico 10, onde os entrevistados relatam que não responderam o assédio por achar que as respostas “não surtiriam efeitos”, logo é possível presumir que estas pessoas não denunciaram os crimes sofridos por achar que seria “perda de tempo” e que o crime continuaria impune pela dificuldade de identificação e rastreamento do agente praticante e pela falta de uma legislação específica para tratar do assunto. É de extrema significância frisar a necessidade de realizar a denúncias não só a Polícia Civil, mas também as plataformas digitais para que o agressor seja banido da rede social.

Analisando o gráfico 13 é possível concluir que existe um número considerável de indivíduos que desconhecem canais de ajuda para vítimas do assédio, logo é importante que o Governo do país crie mais campanhas de divulgação através de meios que consigam atingir toda a sociedade. Deste modo, com os avanços tecnológicos e adesão cada dia maior dos indivíduos aos meios de comunicação social é necessária a ampliação de cuidados, políticas de prevenção e segurança para abranger as novas necessidades, tal como já mencionado a legislação brasileira deve enquadrar as condutas de assediadores virtuais como crimes e não contravenções penais, por exemplo, expandir o crime de assédio sexual para além do ambiente laboral. Além disso, como sugerido pelos entrevistados na última pergunta do questionário deve haver por parte dos



governantes a disponibilização de apoio psicológico gratuito às vítimas e a frequente conscientização a nível primário em escolas, por exemplo.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. IPEA. Nota Técnica nº 11 de 27 de março de 2014. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde. Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/140327\\_notatecnicadiest11.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf)>. Acesso em: 06 junho 2021.

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

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Comunicação Social. Pesquisa brasileira de mídia 2016: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. – Brasília: Secom, 2016.

DEMO, Pedro. Pesquisa e construção do conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, São Paulo: Saraiva, 1998, v3.

INSTITUTO AVON; FOLKS NETNOGRÁFICA. A Voz das redes: o que elas podem fazer pelo enfrentamento das violências contra as mulheres. São Paulo, 9 mar. 2018. Disponível em: <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/voz-das-redes/>>. Acesso em 06 junho 2020>. Acesso em: 06 junho 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 931p.

SAFERNET, Brasil. Indicadores de denúncia de crimes cibernéticos 2017. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2019/02/05/denuncias-de-crimes-online-contra-mulheres-sobem-1600-no-brasil-em-2017>>. Acesso em 06 junho 2021.

## ANEXO 1

### QUESTIONÁRIO APLICADO AOS DISCENTES

1) Qual a sua idade? \*

( ) Menor de 18 anos;

( ) Entre 18 e 25 anos;

Entre 26 e 35 anos;

Mais de 35 anos.

2) Em qual Gênero você se identifica? \*

Mulher Cis gênero (Tem o sexo de nascimento conectado com gênero feminino);

Homem Cis gênero (Tem o sexo de nascimento conectado com gênero masculino);

Transgênero (Não se sente de acordo com o gênero conectado ao seu sexo biológico);

Outro: \_\_\_\_\_.

3) Qual a sua orientação sexual? \*

Heterossexual;

Homossexual;

Bissexual;

Outro: \_\_\_\_\_.

4) Você tem acesso à internet? \*

Sim;

Não.

5) Você possui perfis em redes sociais? \*

Sim;

Não.

6) Se sim, quais?

Facebook;

WhatsApp;

Instagram;

( ) Twitter.

7) Você mantém esses perfis sempre ativos? (Ex.: compartilha fotos suas frequentemente) \*

( ) Sim;

( ) Não;

( ) Às vezes;

( ) Raramente.

8) Você costuma aceitar pessoas desconhecidas em suas redes sociais? \*

( ) Sim;

( ) Não;

( ) Às vezes.

9) Já sofreu ou conhece alguém que tenha sofrido assédio sexual através das redes sociais? Se sim, sente-se à vontade para expor? \*

---

---

10) Já respondeu a algum tipo de assédio sofrido em âmbito virtual? \*

( ) Sim;

( ) Não.

11) Se sim para pergunta anterior, como respondeu ao assédio sofrido?

( ) Com xingamentos;

( ) Bloqueando a pessoa em questão;

( ) Outro: \_\_\_\_\_.

12) Se não, por quais motivos não respondeu ao assédio sofrido?

( ) Medo;

( ) Por achar que não surtiria nenhum efeito;

( ) Vergonha.

13) Você já deixou de postar alguma foto por medo de ser assediada(o)? \*

( ) Sim;

( ) Não.

14) Você já foi xingada(o) por dizer não às cantadas recebidas em chats virtuais? \*

( ) Sim;

( ) Não.

15) Você já teve alguma foto íntima vazada ou sofreu ameaças de que iriam vazar?

( ) Sim;

( ) Não.

16) Você conhece algum canal de ajuda para vítimas desse tipo de assédio? (Ex: disque 100, disque 180, Ministério Público) \*

( ) Sim;

( ) Não.

17) No seu ponto de vista, que medidas deveriam ser tomadas para apoiar vítimas de assédio sexual no âmbito virtual? \*

---

---

---