

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 997

(Ano XIII)

(16/01/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Pessoas com deficiência não podem sofrer segregação no sistema educacional

Viviane Limongi, 05.

ARTIGOS

A importância do planejamento tributário a partir dos regimes de tributação

Daniel Calderon, 07.

Possíveis repercussões da decisão do STF no RE 784.439 para os contribuintes do ISS

Israel Almeida de Cesare Maia, 10.

O instituto da prescrição intercorrente no processo do trabalho

Marcos Scalercio, 15.

Dolo eventual ou culpa consciente nos homicídios de trânsito: a influência da ânsia social pela repressão à violência no trânsito

Tulio Barros Nascimento, 27.

Direito administrativo de emergência e Covid-19: a responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia

Lucas Leonardo Marques do Couto, 78.

O tratamento jurídico das notícias falsas e a violação aos direitos da personalidade

Raoni da Silva Pagani Elias, 112.

Prequestionamento e questões de ordem pública no recurso extraordinário e no recurso especial

Flávia Osmarin Tosti Menegon e Leonardo Grillo Menegon, 140.

Guarda unilateral e compartilhada: direitos analisados quando se define uma guarda

Tanisy Romana Vasconcelos Costa Leite, 157.

A escolha do fornecedor nas contratações diretas à luz dos princípios da impessoalidade e da eficiência: o caso do censo de cortiços na prefeitura de São Paulo

Rogério Augusto Boger Feitosa, 169.

O direito fundamental ao lazer nas relações de trabalho e a dignidade da pessoa humana

Felipe Fernandes Pinheiro, 192.

Direito penal do inimigo e o ordenamento jurídico brasileiro

Reury Barros Matias, 211.

A real possibilidade da “desbiologização” da paternidade

Tulio Barros Nascimento, 227.

Reconhecimento da parentalidade socioafetiva: burla ao processo de adoção?

Renan Motta Falcão, 245.

História do Direito Penal brasileiro: das Ordenações ao Projeto de Lei do Senado nº. 236/2012

Thaíza Lopes Evangelista, 257.

A exigência constitucional de concurso público para ingresso de advogado no quadro de pessoal dos conselhos federais de fiscalização profissional: uma análise à luz da jurisprudência dominante

Juliana Barreto de Carvalho Amorim, 274.

Direito, moral e a questão da justiça. Estudo comparado de sistema jurídico e sociedades inglesa e brasileira

Francisco Tadeu da Silva e Souza, 298.

Preocupação excessiva do estado na produção de provas nos casos de grande repercussão na esfera penal

Ecleziast de Paula Galvão Junior, 309.

Crime de trânsito na modalidade culposa em razão de ingestão de álcool

Willy Vieira Ciribele de Assis e Wellerson Vieira Ciribele de Assis, 328.

O crime de lavagem de dinheiro: combate e repressão na perspectiva das diretrizes de cooperação internacional e dos fundamentos do transconstitucionalismo

Thaís Farias de Almeida, 350.

O Sindicato dos Concessionários e Distribuidores de Veículos do Estado da Paraíba (SINDICOV-PB) e a impossibilidade de se contestar decreto autônomo via mandado de segurança

Marcella Vieira de Queiroz Carneiro, 363.

Aplicabilidade das constelações sistêmicas familiares como método alternativo na resolução de conflitos no Direito de Família

Stéphany Jorge Vasconcelos, 374.

Processo Administrativo Disciplinar

Benigno Núñez Novo, 394.

STF deve analisar tese que não reconheceu à empregada temporária gestante a garantia provisória de emprego

Luiz Carlos Santos Junior, 400.

O pacote anticrime e a irretroatividade da necessidade de representação no estelionato quanto aos processos em curso

Marcella Vieira de Queiroz Carneiro, 405.

A utilização do princípio da dignidade humana no julgamento de recursos extraordinários sob a sistemática da repercussão geral

Aíslan Arley Pereira de Alvarenga, 422.

Reflexos do patrimônio cultural imaterial na saúde mental da população indígena

Nancy Sampedro, 438.

Privatização do sistema prisional brasileiro: uma alternativa para assegurar os direitos humanos dos presos?

Máximo Soares de Sena, 447.

A sucessão trabalhista no âmbito das serventias notariais e registrais

Camilla de Sousa Brandão Fleury Curado, 465.

Um novo cenário para o processo do trabalho: por um resgate da doutrina de Coqueijo Costa

Leandro Fernandez Teixeira, 495.

Reflexões acerca da prova de títulos no âmbito dos concursos públicos sob a ótica do princípio da competitividade: uma análise da dicotomia experiência versus privilégio

Elder Soares da Silva Calheiros, 513.

PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NÃO PODEM SOFRER SEGREGAÇÃO NO SISTEMA EDUCACIONAL

VIVIANE LIMONGI: mestre e doutoranda em Direito Civil e sócia do escritório Limongi Sociedade de Advogados.

E quase no apagar das luzes de 2020, um ano repleto de inseguranças, que também atingiram a área da educação, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela suspensão dos efeitos do Decreto 10.502 que instituiu nova política nacional de educação especial às pessoas com deficiência. A suspensão vem em boa hora. Chega ainda em tempo de se pensar na estratégia de ensino a ser adotada em 2021 pelas famílias de pessoas com deficiência. Ou, pelo menos, chega a tempo de impedir que famílias, no afogadilho e premidas por pressões externas, retirem seus filhos das escolas regulares.

Mas, afinal, do que trata o Decreto?

O Decreto 10.502 não nasce de forma preconceituosa. Criado com boa intenção, ele tem o objeto principal de fornecer serviços e recursos especializados à deficiência de cada educando. Para isso, previu a criação de escolas especiais destinadas às especificidades de cada deficiência, sob o argumento de uma política inclusiva.

No entanto, o Decreto deixou de ratificar o conteúdo principiológico da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, ao prever a criação de escolas e classes especiais. Isso porque a Convenção reitera o compromisso de plena e efetiva participação e inclusão na sociedade, bem como o respeito pela diferença como parte da diversidade humana.

Divisa-se, portanto, que o Decreto carrega em si preconceito e discriminação, ao voltar a segregar as pessoas com deficiência na educação especial, em vez de reforçar a necessidade de adoção de medidas eficazes para a promoção de uma sociedade inclusiva.

Sabe-se que o direito reflete os valores de seu tempo. Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito, já afirmava que o fenômeno jurídico deve ser compreendido sob três aspectos: fato jurídico, valor e norma propriamente dita, do que se conclui que o fenômeno cultural, os valores, possuem fundamental importância na análise da norma.

E, na espécie, o valor que deve ser atendido pela legislação não é a segregação, mas, ao contrário, a inclusão. Inclusão esta que vem florescendo no espectro jurídico e social. Inclusão que desabrocha junto com o reconhecimento das potencialidades das pessoas com deficiência.

A efetiva inclusão no ambiente escolar regular trará benefícios a todos: aos educandos com deficiência que poderão, finalmente, elaborar um projeto de vida e ascender a postos e cargos; e aos educandos sem deficiência que desenvolverão, além das capacidades intelectuais, o aspecto sócio afetivo, correlacionado ao respeito à diversidade, cooperação, solidariedade e motivação.

Uma sociedade justa e solidária, como preconizado pela Constituição Federal, é formada por pessoas que tenham desenvolvido também a potencialidade sócio afetiva, como dimensão vital do ser humano. Estes são os valores trazidos com a Convenção Internacional e a Lei Brasileira de Inclusão. Estes são os valores da atual concepção social da deficiência, sob a égide dos direitos humanos.

É fundamental entender que os alunos com deficiência não podem e não devem sofrer nenhuma segregação, especialmente, no sistema educacional. A pessoa com deficiência tem direito a educação de qualidade, em escola regular, com as adaptações necessárias para garantir um aprendizado em condições de igualdade, promovendo a sua autonomia. E, nesse ponto, um efetivo programa educativo individualizado possui muita relevância.

Vale destacar também que, por lei, é direito o ensino do sistema braile, libras e o uso de tecnologia adequada para que o estudante possa ampliar suas habilidades funcionais e participar com igualdade. O deficiente também tem direito à educação superior, profissional e tecnológica, com as mesmas oportunidades que os demais alunos.

A inclusão de alunos com deficiência é e continuará a ser um desafio. No entanto, esse desafio não pode culminar com limitações à matrícula e à estada da criança com deficiência na escola regular, mesmo porque qualquer conduta discriminatória é passível de punição na esfera criminal.

Estes são os valores atuais da sociedade. Esse é o nosso desafio.

A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO A PARTIR DOS REGIMES DE TRIBUTAÇÃO

DANIEL CALDERON: contador, advogado, empresário da área contábil e tributária e sócio da Calderon Contabilidade

É impossível administrar uma empresa, ou mesmo atuar como um micro e pequeno empreendedor, sem conhecer o sistema de pagamento de impostos no país. Para isso, é necessário entender os regimes de tributação existentes no sistema tributário brasileiro. De uma forma resumida, há três regimes em nosso sistema: o Lucro Real, o Lucro Presumido e o Simples Nacional.

O Lucro Real consiste na tributação calculada sobre o lucro líquido em um determinado período. Caso haja prejuízo, vale lembrar que a empresa fica isenta do Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Esse cálculo ainda conta com adições e exclusões permitidas por lei, o que torna fundamental que a empresa conte com uma contabilidade eficaz.

Há empresas para as quais é compulsório seguir este regime, tal como no setor financeiro, no caso de ganhos provenientes do exterior ou uma receita bruta anual superior a R\$ 78 milhões.

A possível isenção de IRPJ e CSLL se trata de uma vantagem deste regime tributário. Contudo, ainda é necessário que as empresas avaliem questões contábeis, econômicas e financeiras para verificar se realmente é o regime mais vantajoso para si.

O segundo regime de tributação é o Lucro Presumido. Neste regime, há uma base de cálculo fixada pela legislação, entre 1,6% a 32%, para a apuração do IRPJ e da CSLL. O percentual depende da atividade exercida pela empresa. Trata-se de um regime simplificado, já que a Receita Federal presume o lucro sem relação com o resultado efetivo da empresa. No caso de uma empresa prestadora de serviço que faturou R\$ 100 mil em um mês, por exemplo, a presunção do lucro é de 32% e a base corresponderá a R\$ 32 mil. Vale acompanhar as discussões sobre uma possível Reforma Tributária no Congresso Nacional, que pode resultar em possíveis mudanças nas alíquotas.

Por fim, as micro e pequenas empresas contam com o regime tributário mais simplificado. O Simples Nacional foi criado no ano de 2006 com o intuito de facilitar o cálculo e o pagamento dos impostos. Cabe às empresas com faturamento até R\$ 4,8 milhões ao ano e permite o recolhimento de tributos federais, estaduais e

municipais em uma única guia e com alíquotas variáveis de acordo com o faturamento e os anexos previstos em lei específica.

Para aderir a esse regime, as empresas não devem apresentar pendência com a Receita Federal em nenhuma esfera. Caso seja a primeira adesão, deverá ser feita sempre no mês de Janeiro, de modo que a opção é renovada a cada ano de forma automática. Uma empresa nova tem até 30 dias da abertura do seu CNPJ para fazer a adesão.

Além do faturamento máximo, também há outros critérios. Algumas atividades econômicas não podem aderir ao Simples Nacional e alguns tipos de segmentos são proibidos, conforme a legislação específica sobre o tema.

Há cinco anexos que permitem às empresas verificar se podem contar com esse regime. Cada anexo tem relação com atividades específicas, como o comércio, indústria e serviços. Além disso, é preciso verificar a receita dos últimos 12 meses, observar em qual faixa de alíquota o valor se encaixa, aplica a alíquota e, deste resultado, deduzir o valor descrito no devido anexo. Desta forma, será obtido o imposto devido final.

O anexo 3, por exemplo, tem relação com as empresas que oferecem serviços como agências de viagens, odontologia, psicologia, academias e laboratórios. Antes de definir se a empresa se enquadra no anexo, é preciso levar em consideração o chamado "Fator R". Ele consiste na relação de custo da folha de pagamento da empresa com o faturamento. Se o percentual ficar acima de 28%, a empresa estará apta a entrar no anexo 3. Caso contrário, deve buscar o anexo 5.

Já o anexo 5, por sua vez, tem relação com empresas de áreas como a publicidade, jornalismo, tecnologia, engenharia e auditoria. Em muitos casos, apresenta uma carga tributária mais cara do que o lucro presumido.

De fato, há várias atividades em que a alíquota acaba por ser superior. O Simples Nacional é muito menos "simples" do que o previsto em sua proposta. Este é o nosso sistema tributário.

Por conta disto, o planejamento tributário é fundamental para obter o máximo de eficiência e lucro possível, além de garantir uma maior competição no mercado. Afinal, cada tributo pago de maneira eficaz garante a saúde e até a continuidade da empresa.

Uma escolha errada pode trazer consequência graves e perdas tributárias importantes e de difícil solução. A atenção aos regimes de tributação é crucial.

POSSÍVEIS REPERCUSSÕES DA DECISÃO DO STF NO RE 784.439 PARA OS CONTRIBUINTES DO ISS

ISRAEL ALMEIDA DE CESARE MAIA:

Advogado devidamente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Bahia, sob nº 32.856. Pós-graduação em Direito Tributário pela Faculdade Baiana de Direito. Sócio do escritório Leão & Cesare Advogados.

A expressão em língua portuguesa “carta branca” surgiu do francês “carte blanche” e teve origem bélica. O comandante da tropa vencida assinava uma folha em branco e entregava ao inimigo vencedor para que este estipulasse os termos de rendição. Uma espécie de procuração que outorgava plenos poderes a outrem para executar em nome alheio o que bem entender.

Em decisão plenária de 29 de junho de 2020, o Supremo Tribunal Federal fixou tese, por maioria, no sentido de que “*é taxativa a lista de serviços sujeitos ao ISS a que se refere o art. 156, III, da Constituição Federal, admitindo-se, contudo, a incidência do tributo sobre as atividades inerentes aos serviços elencados em lei em razão da interpretação extensiva*”. Tese esta formada pelo voto da Ministra Relatora Rosa Weber, acompanhada pela maioria dos ministros, divergindo da tese os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Melo, Ricardo Lewandowski e divergindo completamente o Ministro Marco Aurélio.

A decisão do RE 784.439, de tema nº 296 com repercussão geral conhecida, negou provimento ao recurso extraordinário de contribuinte, após decisões de 1º e 2º grau desfavoráveis ao seu pleito e que reconheceram a legalidade da cobrança pelo ente público municipal do ISS sobre atividades não previstas literalmente na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003, pois com aplicação da interpretação extensiva seriam consideradas inerentes às atividades descritas ou serviços congêneres.

Ainda de acordo com o voto da Ministra Relatora Rosa Weber, embora a Lei Complementar nº 116/2003 preveja a taxatividade da lista de serviços sujeitos ao ISS, não se poderia fazer uma interpretação literal das atividades realizadas, pois não seria a nomenclatura do serviço que o definiria como tributável e sim a atividade em si realizada e os seus efeitos jurídicos.

Cediço que o Imposto sobre serviços de qualquer natureza, ISSQN ou ISS, é um imposto de competência privativa municipal, ou seja, a Constituição Federal outorgou aos Municípios e ao Distrito Federal competência para instituí-lo através de

lei ordinária[1], nos ditames do art. 156, III da Constituição Federal[2]. Todavia, o ISS está submetido à norma de caráter geral, mais precisamente a lei complementar editada pelo Congresso Nacional que definirá os serviços tributáveis pelo imposto.

Apesar da Constituição Federal estabelecer que caberá a Lei complementar editada pelo congresso nacional definir os serviços tributáveis, tal previsão não viola o princípio da indelegabilidade tributária previsto no Art. 7º do Código Tributário Nacional[3], pois segundo Luciano Amaro[4], a competência tributária outorgada pela constituição permite ao ente competente não exercê-la ou exercê-la parcialmente, mas não permite transferi-la ou delegá-la.

A norma prevê “prestar serviço” como a hipótese de incidência do tributo, que paira num plano abstrato e possui um mandamento eivado de tributabilidade, possuindo como aspecto material a realização do serviço descrito em lista anexa à lei, como aspecto temporal o momento de sua prestação e o aspecto pessoal o prestador desse serviço como contribuinte/sujeito passivo do tributo. Seguindo com a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho:

[...] diremos que houve a subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la[5].

Embora preveja que o serviço prestado, para ser objeto de tributação não precisa ser necessariamente a atividade principal ou do cotidiano do sujeito passivo, por óbvio que esta atividade deve ser praticada por este sujeito passivo específico para que seja este denominado contribuinte e deve estar descrita na lista de serviços estabelecida pela Lei Complementar nº 116/2003.

A Constituição Federal de 1988 estabelece as bases de um Estado Democrático de Direito. Através desta norma rígida, analítica e dogmática que rege o Estado de Direito, há previsão de direitos e deveres dos seus cidadãos, bem como confere competências e limita poderes dos entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A partir da premissa de uma cláusula pétrea do Estado Democrático de Direito, tem-se o princípio da legalidade como pilar reconhecido no Art. 5º, II da lei

Constituição Federal de 1988, ao dispor que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

No âmbito do Direito Tributário, o princípio da legalidade se faz presente na Constituição Federal de 1988 ao conferir aos entes públicos a competência para criar e cobrar tributos mediante lei, com o dever de obedecer aos princípios constitucionais, verdadeiros limites ao poder de tributar. Dessa forma, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal não poderão cobrar tributo sem que haja lei que o instituiu, em contrariedade a lei que o instituiu e em contrariedade aos princípios e previsões constitucionais.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 além de premiar o princípio da legalidade como corolário do Estado Democrático de Direito, impõe também em âmbito do Direito Tributário, a obrigatoriedade do legislador, ao instituir um tributo, estabelecer todos os aspectos e/ou critérios da hipótese de incidência da norma, promovendo em seu Art. 150, inciso I, o princípio da legalidade estrita ou estrita legalidade tributária, ao prever que somente mediante lei o ente público poderá exigir ou aumentar tributo.

Por sua vez, Amaro (2009, p. 112) expõe que o princípio da legalidade não apenas autoriza o legislador a criar e cobrar determinado tributo, mas é necessário que ela defina abstratamente todos os aspectos relevantes para que, concretamente, se determine quem pagará, quanto, a quem, em razão de que fato ou circunstância.

Portanto a norma tributária deve seguir as premissas constitucionais e obedecer aos limites constitucionais, em especial ao princípio da legalidade e legalidade estrita tributária, que tanto obrigará o legislador a dispor na norma todos os aspectos e/ou critérios na hipótese de incidência, como para impedir o ente público de impor obrigação não prevista na norma ou obrigação não devida por determinada pessoa.

No âmbito do Direito Processual, os fundamentos determinantes da decisão do STF, *ratio decidendi*, poderão prevalecer sobre outros temas, caso existam pontos necessários e suficientes para decidir o caso, de forma que a aplicação da norma e sua interpretação aos casos devem ocorrer de forma semelhante.

Sobre a *ratio decidendi* ensina o Professor Luiz Guilherme Marinoni que:

[...] constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser

formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial.[6]

Dessa forma, cediço que para julgar uma causa com base em um precedente judicial não é necessário que as causas sejam idênticas, mas sim que possuam elementos semelhantes e a fundamentação de ambas parta de um mesmo raciocínio lógico adequado, a *ratio decidendi*.

Ressalta o Professor Fredie Didier Jr. sobre o efeito vinculante da *ratio decidendi*:

Mas é preciso que a mesma *ratio decidendi* tenha sido adotada pelos membros do colegiado. Assim, “o efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado” (enunciado nº 317 do Fórum Permanente de Processualistas Civis). Por isso, a *contrario sensu*, “os fundamentos não adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador não possuem efeito precedente vinculante” (enunciado nº 319 do Fórum Permanente de Processualistas Civis) – nesse caso, são, também, *obter dicta*.[7]

Dessa forma, sob o prisma processual, não restam dúvidas que a decisão do STF é um (perigoso) precedente judicial, posto que os fundamentos determinantes para a aquela decisão poderão possuir pontos necessários e suficientes semelhantes para a conclusão de outros temas que venham a surgir e assim a suprema corte poderá adotar interpretação extensiva como a utilizada no julgamento do RE 784.439.

Sendo assim, estabelecidas as premissas materiais e processuais acima acerca do ISS, princípios constitucionais limitadores ao poder de tributar e do precedente judicial formado, indubitável concluir que a decisão do STF com fixação de tese acerca do tema vai de encontro ao princípio constitucional da estrita legalidade tributária e traz grande insegurança jurídica às relações jurídico-tributárias e principalmente ao contribuinte.

A aplicação de interpretação extensiva à lista de serviços que previamente deve ser taxativa, conforme estabelecido na segunda parte do inciso, I do Art. 156 da Constituição Federal de 1988, permite ao ente público municipal abrir um leque de possibilidades para tributar o contribuinte sobre os serviços prestados e não

previstos em lei, sob a alcunha de serem “inerentes aos serviços”, “acessórios” ou “congêneres”.

Em outra hipótese que não a taxatividade constitucional da lista de serviços objeto do ISS, poderia até se discutir a possibilidade de estabelecer parâmetros para aplicação de uma interpretação extensiva, todavia de forma a jamais majorar tributo ou muito menos legitimar uma nova obrigação tributária, em atenção aos princípios constitucionais da legalidade e anterioridade. Caso contrário, em tempos de pandemia, com a provável queda na arrecadação dos entes públicos, representaria uma verdadeira carta branca aos municípios em relação aos contribuintes.

NOTAS:

[1] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Editora Saraiva. 15ª ed., 2009. p. 99.

[2] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm

[4] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. Editora Saraiva. 15ª ed., 2009. p. 100.

[5] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. Editora Saraiva. 30ª ed., 2019. p. 286.

[6] MARINONI, Luiz Guilherme; et. al.. Novo código de processo civil comentado. 1.ed. São Paulo: RT, 2015.

[7] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. v.2. P.468.

O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO PROCESSO DO TRABALHO

MARCOS SCALERCIO: Juiz do Trabalho da 2ª Região (SP); Aprovado nos Concursos para Magistratura do Trabalho dos TRT's da 1ª e da 24ª Região; Mestrando em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie; Professor de Direito Material e Processual do Trabalho na Damásio Educacional e na Universidade Nove de Julho; Professor convidado para ministrar palestras nas Escolas Judiciais dos TRT's da 1ª, 2ª, 5ª, 7,13,14,15,17ª,19 e 20 Região. Autor de obras jurídicas. Palestrante.

Resumo: A prescrição intercorrente ocorre quando o processo permanece paralisado por um período predeterminado, sendo que ao final, o processo é extinto. Antes da Constituição Federal de 1988, a Suprema Corte já havia editado entendimento no sentido de ser aplicável a prescrição intercorrente na seara trabalhista (Súmula nº 327). Em sentido contrário, a mais alta corte trabalhista do País, entende ser incabível, como regra, a prescrição intercorrente em relação a créditos trabalhistas (Súmula nº 114). Com o advento da Lei 13.467 de 2017 – Reforma Trabalhista – resta expressa a aplicação do instituto, ante a previsão contida no seu dispositivo 11-A. Tal postura legislativa reflete de forma incontestada na execução de ofício promovida pelo magistrado do trabalho, promovendo clara inconstitucionalidade da lei. Nesse panorama, o estudo tem por fito analisar os impactos da novel lei no instituto da prescrição intercorrente e o fim da execução de ofício em face da Reforma Trabalhista, que acabam por colidir com preceitos da Constituição Federal.

Palavras-chave: Execução Trabalhista. Prescrição Intercorrente. Reforma Trabalhista.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prescrição. 2.1 Conceito e espécies. 2.2 Prescrição intercorrente. 2.3 A prescrição intercorrente no Novo Código de Processo Civil e a Instrução Normativa nº 39 do TST. 2.4 Reforma Trabalhista – Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. 3. O Princípio da Inércia do Poder Judiciário e do Impulso Oficial. 3.1 Reforma Trabalhista – Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. 4. A prescrição intercorrente e o fim do impulso oficial. 4.1 A limitação da atuação do Juiz do Trabalho. 5. Conclusão. 6 -Referencias Bibliográficas.

1. Introdução.

À luz do caráter tuitivo da legislação trabalhista, vislumbrava-se o dissídio doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicabilidade ou não, no Processo do Trabalho, da prescrição intercorrente.

À vista disso, e sob prisma de vasta inconstitucionalidade, a Lei 13.467 de 2017 – Reforma Trabalhista, trouxe em seu texto dispositivo permitindo a sua aplicação na seara trabalhista e, revogando-se, ainda, àquele que dava ao magistrado trabalhista o impulso oficial nas execuções.

A hipótese que se pretende demonstrar é a de que o Poder Judiciário não pode, à luz das precedências constitucionais, redimir as opções legislativas contrárias ao espírito da Constituição? Se a expansão do princípio do impulso oficial foi restringida pela nova Lei 13.467 de 2017 – Reforma Trabalhista - sem contrapartidas, ainda admitindo a prescrição intercorrente, não houve lesão oblíqua ao princípio da vedação do retrocesso social, ao princípio protetor, bem como a natureza alimentar do crédito trabalhista?

Revela-se que tais questionamentos sequer foram postos à observância da edição do novel texto Consolidado, sendo que a reforma trabalhista tem demonstrado uma propensão à burla disfarçada de princípios constitucionais de defesa dos direitos trabalhistas.

2. Prescrição.

2.1 Conceito e espécies.

Savigny conceitua a prescrição como a perda do direito material. À vista disso, tem-se a concepção de equiparar-se à decadência, o que ao nosso ver é descabido, vez que se trata de instituto distinto, com efeitos diversos.

Muito embora ainda defendido por alguns juristas, trata-se de conceito ultrapassado, do mesmo modo daquele que preceitua que a prescrição é a perda do direito de ação, tese de Clóvis Beviláqua, que inspirou a antiga legislação de 1.916.

Atualmente, a teoria mais prestigiada pela doutrina, com a qual nos perfilhamos, é aquela segundo a qual a prescrição extingue a pretensão do titular do direito, uma vez que esta deixa de ser exigível em juízo. São defensores Nelson Nery Junior, Amorim Filho e Maria Helena Diniz.

Nesse sentido, o artigo 189, do CC de 2002, cuja redação é a seguinte: “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.”

Cumpra ainda lembrar que a prescrição está intimamente ligada ao transcurso do tempo, que começa a fluir, como se depreende da leitura do Código Civil de 2002, com o surgimento da pretensão, que, por sua vez, nasce com a violação do direito do seu titular.

Por oportuno, para que ocorra a prescrição é necessário observar três requisitos: a existência de uma pretensão, decorrente da violação de um direito, a passagem do tempo e a inércia injustificada do titular do direito violado.

No tocantes as espécies de prescrição, destacamos a prescrição extintiva que consiste na extinção da pretensão pelo decurso do prazo. Noutro giro, a prescrição aquisitiva, que consiste na aquisição de uma pretensão pelo decurso do prazo. Citamos como exemplo a usucapião.

Nessa seara, o artigo 191 do Código Civil autoriza a renúncia à prescrição de forma tácita ou expressa. Entretanto, tal ato somente pode ser praticado depois que a prescrição se consumir e desde que não gere prejuízo para terceiros.

2.2 Prescrição intercorrente.

Homero Batista Mateus da Silva, no seu “Estudo Crítico da Prescrição Trabalhista”, inicia o capítulo sobre a prescrição intercorrente questionando exatamente a sua nomenclatura, por considerá-la equivocada, em que pese adotá-la por questões de praxe forense.

O ilustre jurista aponta que o correto seria utilizar o vocábulo intracorrente, haja vista que esse tipo de prescrição ocorrer dentro de um processo e não no meio de dois processos, fazendo uma analogia com os conceitos de intervalo intrajornada e interjornada, tão conhecidos no campo do Direito do Trabalho.

Desta feita, cabe-nos explicar o que se entende por prescrição intercorrente.

A prescrição intercorrente é a extinção da pretensão do titular do direito, já deduzido em juízo, em razão da sua inércia continuada e ininterrupta no curso do processo, por deixar de tomar providências que lhe competiam, de maneira exclusiva, para impulsionar o feito.

Logo, não há que se cogitar a ocorrência da prescrição intercorrente quando a prática de um ato não depender da parte, mas do próprio juízo, uma vez que a morosidade do Poder Judiciário não pode causar prejuízos de ordem processual aos jurisdicionados.

Neste ponto, cumpre destacar que antes da edição da Lei 13.467 de 2017 havia falta de consenso acerca da aplicabilidade, ou não, ao processo trabalhista, da

prescrição intercorrente, inclusive com súmulas contemplando entendimentos distintos, editadas pelo STF (Súmula nº 327) e TST (Súmula nº 114).

Para um primeiro entendimento, não se aplica, tendo em vista que o juiz pode atuar de ofício, afastando eventual inércia do exequente que poderia gerar a prescrição, nesse sentido a Súmula n. 114, do TST e o artigo 2º, inciso VIII, da Instrução Normativa n. 39, do TST, que afirma: “não se aplica ao processo do trabalho, os artigos 921, parágrafos 4º e 5º e 924, inciso V, do Código de Processo Civil”.

Noutro giro, há quem defenda a aplicação, tendo em vista, a previsão no dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho, mencionado, bem como a previsão do artigo 40, da Lei n. 6.830 de 1980 (Lei de Execução Fiscal), nesse sentido ainda, a Súmula n. 327, do STF e o Princípio da Segurança Jurídica.

Encontra-se, ainda, corrente intermediária que defende que, em regra geral, a prescrição intercorrente não se aplica ao processo do trabalho. Entretanto, sendo o ato exclusivo do exequente, e ele nada fez, ocorrerá a prescrição intercorrente, como por exemplo, a inércia do autor em provar fato novo na liquidação por artigos.

Nessa linha, assim ensina o Exmo. Min. Maurício Godinho Delgado, em sua obra 'Curso de Direito do Trabalho', LTR, 6ª ed., São Paulo, 2007, p. 281-2, “*verbis*”:

“...há uma situação que torna inviável, do ponto de vista jurídico, a decretação da prescrição na fase executória do processo do trabalho – situação que permite harmonizar, assim, os dois verbetes de súmula acima especificados (Súmula 327, STF e Súmula 114, TST). Trata-se de omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por exclusiva omissão sua, atos que tornem fisicamente possível a continuação do processo. Nesse específico caso, arguida a prescrição, na forma do art. 884, § 1º, CLT, pode ela ser acatada pelo juiz executor, em face do art. 7º, XXIX, CF/88, combinado com o referido preceito celetista (ressalvada a pronúncia de ofício, a teor da Lei n. 11.280/2006, se for o caso)”.

Todavia, assim observa o ilustre jurista:

“Mas atenção: a ausência de atos executórios derivada de falta de bens do executado (ou de seu desaparecimento...) não enseja a decretação da prescrição. É que, neste caso, a inércia processual não pode ser imputada ao exequente. Por esse motivo, a alternativa processual que emerge para o juiz executar, em tais situações, será aquela prevista no art. 40, §§ 2º e 3º, Lei n. 6.830/80 (Aplicável ao

processo do trabalho por força do art. 889, CLT). Ou seja: 'decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos' (§2º). Porém fica aberta a ressalva: 'encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução' (§3º). No caminho executório formulado pela Lei de Execuções Fiscais não há em tal situação, como se vê, também espaço para a intercorrência da prescrição (§3º do art. 40, Lei n. 6.830/80)".

Pois bem, na busca de compatibilizar os entendimentos mencionados, perfilhamos ao entendimento de que regra geral não será cabível a prescrição intercorrente, porém, tratando-se de ato cuja manifestação da parte é imprescindível e ficando essa inerte é possível à pronúncia, sob pena do processo não ter um fim.

Quanto à aplicabilidade das Súmulas nº 150 e nº 327 do STF, há que ser afastada a ideia.

Vale esclarecer que tais entendimentos foram editados no ano de 1963 e, portanto, anteriormente à vigência da Constituição Federal de 1988, sendo que naquela época, a Lei Maior então em vigor admitia o recurso extraordinário e atribuía ao STF a competência para julgar matérias contra dispositivo constitucional ou lei federal.

Com o advento da Constituição de 1988, as matérias infraconstitucionais passaram à competência dos tribunais superiores, reservando ao Supremo analisar as inconstitucionalidades e não mais as eventuais ilegalidades.

Dessa forma, a última palavra quanto ao direito do trabalho infraconstitucional pertence ao TST e, portanto, há que se adotar a Súmula 114 do TST que pacificou o entendimento quanto à prescrição intercorrente.

Vale lembrar que, o Tribunal Regional, ao acolher a prescrição intercorrente, retira a eficácia da sentença transitada em julgado, e viola, assim, o instituto da coisa julgada, previsto no artigo 5º, XXXVI, da CF e no artigo 836 da CLT, o qual veda a rediscussão da lide, já definitivamente julgada.

Assim, sabe-se que a coisa julgada material traduz a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença. Por corolário, imutáveis também se tornam os efeitos por esta produzidos.

2.3 A prescrição intercorrente no Novo Código de Processo Civil e a Instrução Normativa nº 39 do TST.

O Novo Código de Processo Civil determina a aplicação supletiva e subsidiária de suas normas aos processos trabalhistas: “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.

Nesse sentido, o artigo 924 do mesmo diploma trata da prescrição intercorrente: “Art.924. Extingue-se a execução quando: V- Ocorrer a prescrição intercorrente”.

Entretanto, além do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho já disposto, o artigo 2º, inciso VIII, da Instrução Normativa nº 39, do TST, que assim determina: “Não se aplica ao processo do trabalho, os artigos 921, parágrafos 4º e 5º e 924, inciso V, do Código de Processo Civil”.

Assim, por absoluta incompatibilidade com o caráter protetivo da legislação do trabalho, considerando-se os princípios da proteção do trabalhador hipossuficiente e da melhoria de sua condição social, este consagrado no “*caput*” do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 em vigor, não pode ser acatada a prescrição intercorrente no Processo do Trabalho.

2.4 Reforma Trabalhista – Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

Por seu turno, a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 – Reforma Trabalhista – trouxe o dispositivo 11-A, vencendo o debate da jurisprudencial já disposto alhures, “*in verbis*”:

“Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição”.

Tal preceito busca a economia processual, a segurança jurídica, a não eternização da lide.

Todavia, frisamos que trata-se de opção legislativa contrária ao espírito da Constituição Federal de 1988, vez que a interpretação ofende de forma literal o “*caput*” do artigo 7º, da Constituição da República, gerando o retrocesso social. Nota-

se de forma robusta, que vai ao encontro em toda a ofensa da jurisprudência da mais alta Corte Trabalhista do país (Súmula 114 do TST).

Ademais, verificam-se dos arestos que deram origem ao entendimento jurisprudencial consolidado, exhaustivamente destacam que:

“Mérito. Tem predominado, nesta justiça, em face das suas peculiaridades, para que não haja alternatividade de critério, o entendimento de não prevalência da prescrição intercorrente, ainda que a inércia processual seja de responsabilidade da parte, também porque cabe à Junta à função específica de zelar pela rapidez processual”¹.

A norma descrita, aos ser analisada com outro dispositivo da Lei 13.467 de 2017, que nega a atuação de ofício do magistrado trabalhista, demonstra claramente que se pretende fazer com que as execuções trabalhistas não atinjam o seu objetivo de expropriar bens do devedor, pois os reclamantes não terão, como tem hoje o magistrado do trabalho, acesso aos avanços tecnológicos que permitem realizar uma autêntica investigação patrimonial.

Verifica-se, noutros termos, clara inconstitucionalidade.

3. O princípio da Inércia do Poder Judiciário e do Impulso Oficial.

Ao tratar sobre a execução de ofício, necessário transpor o Princípio da Inércia do Poder Judiciário ao Princípio do Impulso Oficial.

Princípio básico da execução regida pelo Código de Processo Civil é o Princípio da Demanda, Dispositivo e da Inércia da Jurisdição.

Possui previsão no Código de Processo Civil no artigo 2º do Novo Código que assim dispõe: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Nesse sentido, Maria Cecília Máximo Teodoro² ensina que:

“O princípio do Dispositivo, da Demanda ou da Inércia da jurisdição informa que cabe às partes que se sentem lesadas ao ameaçadas em relação a um direito que se dizem titulares, e não ao juiz, a iniciativa da ação, ou seja, a jurisdição deve ser

1 [RR 4362/1975](#), Ac. 2ªT 584/1976 - Min. Renato Machado
DJ 06.07.1976 - Decisão unânime

2 TEODORO, Maria Cecília Máximo. O juiz ativo e os direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2011.

provocada para que inicie sua atuação. Porém é sabido que tal princípio sofre limitações quando os direitos tem natureza indisponível, pela prevalência do interesse público sobre o privado.

Pois bem, exceção ao princípio em estudo, é a execução trabalhista, trata-se de ideia com base na satisfação do crédito alimentar, vez que não há como esperar a movimentação das partes em razão das fraudes ocorridas. Ademais, deve-se privilegiar o poder de direção do magistrado trabalhista no deslinde do processo com base no artigo 765 da CLT: “Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

Outro importante princípio informador da Teoria Geral do Processo é o do Impulso Oficial, pelo qual o processo se desenvolve por impulso oficial, devendo o juiz assumir uma postura inquisitiva a fim de prestar a jurisdição efetiva.

Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco³ lecionam acerca do impulso oficial: “É o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em fase, até exaurir a função jurisdicional”.

Costa Machado⁴ evidencia: “Mas, se para se formar a relação processual exige provocação, para se desenvolver o processo conta com a atuação espontânea do próprio magistrado (o impulso oficial)”.

Nesse sentido ainda, Nelson Nery⁵ explica o tema:

“Uma vez iniciado, o processo se desenvolve por impulso oficial, isto é, por atos do juiz e dos auxiliares da justiça. Há, contudo, atos que devem ser praticados pelas partes ou que exigem sua provocação. Nestes casos, se a parte não der andamento ao processo praticando ato cuja iniciativa lhe competia, ocorre a contumácia, que, se for do autor, pode ensejar a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 267 II e III⁶)”.

3 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

4 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 3 ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2011.

5 NERY JÚNOIR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 10ª. Ed. São Paulo, RT, 2007.

6 Artigo 485 do CPC de 2015

Nesse sentido, o processo trabalhista se desenvolve por impulso oficial.

Em relação execução trabalhista, o artigo 878 da CLT materializa tal princípio, dispondo que a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente. Todavia, não se aplica para a liquidação por artigos e para a execução provisória.

3.1 Reforma Trabalhista – Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

Vale destaque e atenção ao novo preceito de manifesta inconstitucionalidade do Diploma Celetista, *“in verbis”*:

“Art. 878. A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado.”

Parágrafo único. (Revogado). (NR)

Como se nota, há o fim da atuação *ex officio* do magistrado do trabalho na execução Nega-se, pois, o caráter público do próprio Direito do Trabalho.

Nesse ponto, vale lembrar que, historicamente, a execução de ofício determinou a ruptura entre o direito material e o direito processual, como condição de possibilidade, inclusive, da eficácia dos direitos fundamentais, apenas com a reforma do Código de Processo Civil no ano de 2005.

Assim, reconhecendo a necessidade de conceber um processo único, que inicie com a petição inicial e só termine com a realização do direito material, apenas em 2005 o direito comum superou a dicotomia entre os âmbitos material e processual.

Por um lado, há o claro reconhecimento da função do processo de realizar o direito material. Por outro lado, há o reconhecimento que compreende verbas de natureza alimentar indispensáveis à sobrevivência física do trabalhador, reconhecidas, inclusive no artigo 100 da CF.

Oportuno lembrar que praticamente a maior parte das demandas trabalhistas versam sobre o não pagamento de verbas rescisórias.

No aspecto, os magistrados estão proibidos de atuar de ofício, beneficiando, assim as fraudes na legislação do trabalho, transferindo-se para os reclamantes a incumbência de encontrar bens dos devedores sem o acesso aos mesmos mecanismos, sendo induzido, ainda, a correr contra o tempo, pois se não encontrar

nada em dois anos, o processo, segundo prevê o dispositivo, deverá ser extinto por aplicação da prescrição intercorrente.

4. A prescrição intercorrente e o fim do impulso oficial.

Como delineado alhures, a Lei 13.467 de 2017 - Reforma Trabalhista - revogou o dispositivo da CLT que tratava do impulso oficial. Nota-se, portanto, que ao "derrubar" o impulso oficial, há possibilidade da prescrição intercorrente, vez que como o juiz não poderá demandar o processo, este fica parado gerando a prescrição intercorrente.

Inconteste inconstitucionalidade, frisamos o retrocesso social, que vai ao encontro da livre motivação do juiz, expressamente prevista no artigo 93 da CF de 1988.

Todavia, ainda que a nova legislação tenha revogado o dispositivo, defendemos a possibilidade do magistrado trabalhista atuar de ofício, com fulcro no artigo 765 do Diploma Celetista, que tem por base no poder de direção do juiz.

4.1 A limitação da atuação do Juiz do Trabalho.

Ante as inconstitucionalidades expostas, mormente à limitação da atuação do Juiz do Trabalho na execução e, ainda, como consequência a possibilidade da prescrição intercorrente no processo trabalhista, trazemos, nesse sentido de o magistrado trabalhista julgar não limitado à previsão legal, o que surge a questão da aplicação da equidade no caso concreto.

Na visão pós-positivista ou neoconstitucionalista os princípios além da função interpretativa e integrativa, passam a deter função normativa, já que são verdadeiros mandamentos de otimização da ordem jurídica.

Nesse sentido, o magistrado pode afastar a norma e aplicar os princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa do trabalhador, o não retrocesso social, o poder de direção do juiz, bem como os princípios adotados e explanados no decorrer do estudo.

Como exposto na parte introdutória do estudo, a expansão do princípio do impulso oficial foi restringida pela nova Lei 13.467 de 2017 – Reforma Trabalhista - sem contrapartidas, ainda admitindo a prescrição intercorrente, houve clara lesão oblíqua ao princípio da vedação do retrocesso social, ao princípio protetor, bem como a natureza alimentar do crédito trabalhista. Patentes inconstitucionalidades assim verificadas.

Por oportuno, diante de tal quadro, é possível concluir com o pós-positivismo o Juiz do Trabalho passa ser “boca justiça”, na busca do direito fundamental a efetividade processual e na busca da melhor satisfação da justiça, eis que a Justiça do Trabalho trata-se de uma Justiça Social.

5. Conclusão.

Sobre o delineado alhures, traçamos algumas notas conclusivas.

Inaplicável ao processo do trabalho a prescrição intercorrente, pois trata-se de interpretação menos favorável ao trabalhador, restando claro o retrocesso social.

Some-se a isto a incompatibilidade do instituto com a natureza alimentar do crédito trabalhista e a maior parte dos princípios informadores do Direito do Trabalho. Adota-se, na espécie, o entendimento expresso na Súmula nº 114 do TST.

Por oportuno, ainda que a nova legislação tenha revogado o dispositivo celetista, defendemos a possibilidade de o magistrado do trabalho atuar de ofício na execução trabalhista, com fulcro no artigo 765 do Diploma Celetista, que tem por base no poder de direção do juiz.

Por fim, caberá concluirmos pela inconstitucionalidade de tais medidas de reforma trabalhista que violem, do ponto de vista material, o sentido de proteção que é a marca registrada de qualquer aspiração jurídica que se pretenda legítima em relação à questão trabalhista.

6 -Referencias Bibliográficas.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho – 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATEUS DA SILVA, Homero Batista. Estudo Crítico da Prescrição Trabalhista. ed. LTr, São Paulo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 39.ed. São Paulo: LTr Editora, 2014.

NERY JÚNOIR, Nelson & NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 10ª. Ed. São Paulo, RT, 2007.

SCHIAVI, Mauro. Manual de direito processual do trabalho de acordo com o novo CPC – 10ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. O juiz ativo e os direitos trabalhistas. São Paulo: LTr, 2011.

DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO: A INFLUÊNCIA DA ÂNSIA SOCIAL PELA REPRESSÃO À VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO

TULIO BARROS NASCIMENTO:

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e Pós-Graduado pela PUC Minas. Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho busca fazer uma análise da polêmica existente nos casos de tipificação nos homicídios no trânsito, concluindo ora pelo dolo eventual, ora pela culpa consciente. Para esclarecer a questão, os conceitos de dolo e culpa serão expurgados, bem como suas espécies, as teorias de diferenciação e as consequências da aplicação de um ou outro instituto. No decorrer do estudo os delitos de trânsito com resultado morte, quais sejam, embriaguez ao volante e racha automobilístico, serão esmiuçados, estando sempre atinentes à legislação vigente. Decisões judiciais serão colacionadas, mostrando-se as contradições de ideias concernentes à dicotomia entre a aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente para os respectivos crimes, além dos acertos e desacertos pertinentes à matéria feitos pelo Judiciário. Ao final, será demonstrada a grande influência que a sociedade exerce sobre as decisões judiciais relativas ao tema, concluindo pela ânsia daquela por maior repressão ao condutor infrator e, conseqüentemente, julgados que se distanciam da técnica jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: embriaguez; racha automobilístico; trânsito; homicídio; dolo eventual; culpa consciente.

ABSTRACT: The present study seeks to analyze the controversy that exists in cases of typification in homicides in traffic, concluding at times for eventual fraud, at times for conscious guilt. To clarify the issue, the concepts of intent and guilt will be explained, as well as their species, differentiation theories and the consequences of the application of one or another institute. In the course of the study, traffic crimes resulting in death, that is, drunk driving and car racing, will be scrutinized, always in line with current legislation. Judicial decisions will be collected, showing the contradictions of ideas concerning the dichotomy between the application of possible intent or conscious guilt for the respective crimes, in addition to the right and wrong answers pertinent to the matter made by the Judiciary. In the end, it will be demonstrated the big influence that the society has on the judicial decisions related to the theme, concluding by the desire of that one for greater repression to the offending driver and, consequently, judged to be distant from the legal technique.

KEYWORDS: drunkenness; car racing; traffic; murder; eventual deception; conscious guilt.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Teoria do delito – dolo e culpa: 2.1. Noção histórica da teoria do delito; 2.2. Dolo: 2.2.1. Conceito de dolo; 2.2.2. Teorias do dolo; 2.2.3. Espécies de dolo; 2.3. Culpa: 2.3.1. Conceito de culpa; 2.3.2. Modalidades de culpa; 2.3.3. Espécies de culpa. 3. Dolo eventual x Culpa consciente: 3.1. A diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente; 3.2. Teorias explicativas da diferenciação; 3.3. Consequências da aplicação do dolo eventual e da culpa consciente. 4. Homicídio no trânsito: 4.1. Segurança no trânsito à luz do Código de Trânsito Brasileiro; 4.2. Dos delitos em espécie: 4.2.1. Homicídio culposo no trânsito (artigo 302 do CTB); 4.2.2. Embriaguez ao volante (artigo 306 do CTB); 4.2.3. Racha e velocidade excessiva (artigo 308 do CTB); 5. Posições jurisprudenciais e a influência da ânsia social pela repressão nos homicídios de trânsito: 5.1. Exposição do problema: 5.1.1. A problemática jurisprudencial/doutrinária acerca da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente nos homicídios de trânsito; 5.1.2. O elevado número de mortes em acidentes de trânsito; 5.2. Análise de jurisprudência: 5.2.1. A generalização usada para solucionar o problema, concluindo pela existência do dolo eventual; 5.2.2. Análise do caso concreto para definição do elemento subjetivo do tipo; 5.3. A força da comoção social exercida sobre os operadores do Direito. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Infelizmente, o Brasil é um dos países com maiores índices de morte no trânsito no mundo. Ligado a essas perdas lastimáveis no trânsito estão condutas do tipo: dirigir embriagado e praticar corridas automobilísticas, conhecidas como “racha” ou “pega”.

Diante disso, a sociedade, alimentada por uma mídia sensacionalista, vem defendendo a ideia de que há certa impunidade aos agentes infratores e, por isso, exige maior repressão com a aplicação de sanções mais severas e mais rápidas.

Esse clamor social se baseia no elevado número de pessoas que estão passando dos limites e provocando acidentes, muitas vezes fatais. Isso gera um ideal repressivista que extravasa o plano social e já atinge o Judiciário. Isto é, alguns julgadores estão sendo influenciados pela ânsia social e com isso estão proferindo decisões distantes da técnica jurídica-penal, apenas para acalantar os clamores de uma população sedenta por repressão.

Destarte, delitos eminentemente culposos estão sendo enquadrados como dolosos, na modalidade dolo eventual. Essa “errônea” tipificação, que passa a ilusão de ser a solução mais eficaz para a moralização no trânsito, gera graves

consequências para o réu, além de causar insegurança jurídica e ferir princípios basilares do Direito Penal. A possibilidade de prisão provisória é uma das consequências de se imputar o dolo à conduta do agente nos homicídios de trânsito. Contudo, a disparidade quantitativa da punição do dolo em detrimento a culpa aliado à mudança da competência e do rito ordinário para o tribunal do júri são consequências mais drásticas que o réu pode sofrer com uma decisão que não se pauta no âmago do agente, e sim no emocional advindo da sociedade.

A pena do homicídio doloso (artigo 121 do Código Penal) é muito maior que a do homicídio culposo no trânsito (artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro). Consequentemente, alguns institutos que beneficiariam o réu mostrar-se-ão inteiramente prejudicados.

Já no que concerne ao rito e à competência, o Tribunal do Júri é que promoverá o julgamento do sujeito caso sua conduta tenha sido enquadrada como dolosa contra a vida (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "d" da Constituição Federal). Dessa forma, o julgamento pelos seus pares, desprovidos da técnica jurídica, será sustentado por ideais repressivistas, alimentados por uma mídia que influi cada vez mais na sociedade de modo a gerar uma ideia de impunidade aos agentes causadores de acidentes de trânsito. O desfecho desse julgamento é sabido por todos: condenação.

Em razão dessa polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito de qual instituto aplicar nos homicídios de trânsito, o presente trabalho buscará analisar os crimes de embriaguez ao volante e velocidade excessiva, que tenham como resultado a morte da vítima. Além disso, discorrerá exaustivamente sobre a diferenciação entre as figuras do dolo eventual e da culpa consciente, possibilitando, ao final, aferir qual será a responsabilização mais adequada para com o fato praticado pelo agente.

Será demonstrado que não se pode aplicar uma fórmula predeterminada de forma indistinta. Ou seja, a embriaguez ao volante e o excesso de velocidade não são fatores determinantes para a configuração do dolo eventual. A análise das circunstâncias de cada caso é que possibilitará aferir se o agente tinha a previsão do resultado antijurídico somado à anuência de sua ocorrência, concluindo pela não existência da culpa.

Portanto, é nesse interim que se insere o presente estudo, no qual o objetivo geral será compreender, a partir da Teoria Finalista da Ação e da reflexão social, o poder de influência que o clamor social exerce sobre as decisões judiciais acerca da dúvida entre dolo ou culpa do motorista nos homicídios de trânsito. A despeito da despreensão de impor um posicionamento encerrando a discussão, buscar-se-á uma solução coerente para a respectiva celeuma.

2. TEORIA DO DELITO – DOLO E CULPA

2.1. NOÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO DELITO

A definição atual de delito provém de uma elaboração inicial da doutrina alemã, regida por influência do método analítico. Construída recentemente, mais precisamente no final do século XIX, é uma concepção tripartida, tendo em vista os predicados da ação, tais como tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Três fases foram marcantes na evolução da teoria do delito: o conceito clássico de delito; o conceito neoclássico de delito e o conceito finalista de delito, este último usado atualmente.

Pelo conceito clássico, elaborado por Von Liszt e Beling, pode-se inferir uma visão eminentemente naturalista, marcada pelo positivismo científico, em que se afastava completamente qualquer valoração filosófica, psicológica e sociológica. O aspecto objetivo, representado pela tipicidade e antijuridicidade era totalmente dissociado do aspecto subjetivo, representado pela culpabilidade. Assim, a culpabilidade limitava-se a comprovar a ligação psíquica entre a mente do agente e o resultado, fazendo surgir, através da diversidade de intensidade desse nexos psicológico, o dolo e a culpa.

Após profunda transformação, embora sem estabelecer um marco de interrupção completo, criou-se o conceito neoclássico de delito. Influenciado pela filosofia neokantiana, o normativo e axiológico receberam especial atenção, reformulando o velho conceito de ação e atribuindo nova função ao tipo. A ilicitude deixou de ser um conceito apenas formal, implicando em uma danosidade social. Já a culpabilidade começou a ser entendida como juízo de censura, de reprovabilidade, apresentando aspectos psicológicos (dolo e culpa) e normativos (imputabilidade e exigibilidade de conduta diversa).

Hans Welzel, abandonando o pensamento abstrato e logicista das teorias anteriores, fundou a Teoria Finalista da Ação. Esta não se preocupava com a relação de causalidade (imputação objetiva) e sim com a imputação subjetiva do resultado à conduta do agente. O dolo e a culpa, elementos manifestadores da vontade, foram transportados da culpabilidade para a tipicidade, tendo em vista que integram a conduta do agente e esta está descrita no tipo penal. Com a culpabilidade esvaziada, passou-se a entendê-la como um juízo de censura ou reprovação sobre a conduta típica e ilícita do agente. Destarte, o juiz seria o responsável por fazer esse juízo de censura, se pautando em três aspectos: imputabilidade; potencial consciência da ilicitude e; exigibilidade de conduta diversa.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, a teoria do delito encontrou um dos mais importantes marcos de sua evolução com o finalismo. Vejamos na lição do renomado autor:

A contribuição mais marcante do finalismo, aliás, que já havia sido iniciada pelo neokantismo, foi a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo, assim, uma concepção puramente normativa. O finalismo deslocou o dolo e a culpa para o injusto, retirando-os de sua tradicional localização – a culpabilidade –, levando, dessa forma, a finalidade para o centro do injusto. Concentrou na culpabilidade somente aquelas circunstâncias que condicionam a reprovabilidade da conduta contrária ao Direito, e o objeto da reprovação (conduta humana) situa-se no injusto (BITENCOURT, 2011, p. 250).

Portanto, o finalismo trouxe para o direito penal a existência de duas tipicidades: a objetiva e a subjetiva. A primeira se apresenta como os elementos fáticos da conduta, ao passo que a subjetiva seria uma fase interna do agente, estruturada no âmbito da motivação contida na mente do sujeito.

2.2. DOLO

2.2.1. CONCEITO DE DOLO

O conceito de dolo pode ser extraído do artigo 18, inciso I do Código Penal, que diz que o crime doloso é aquele praticado quando o agente quer ou assume o risco de produzi-lo. Pode-se aferir que o dolo está relacionado a dois elementos (vontade e consciência) dirigidos a realizar a conduta expressa no tipo penal incriminador. Dessa forma, implica dizer que o dolo é formado por um elemento volitivo e outro intelectual.

O agente deve agir com vontade para a realização do crime, isto é, para que se configure o ilícito penal é preciso que a vontade, produzida na mente do autor, alcance o resultado. Aquele que é coagido fisicamente a praticar o delito não atua com vontade de praticá-lo. Há ainda que se fazer uma ressalva quanto à diferença entre desejo e vontade. O desejo não passa de uma atitude emotiva que se opera no pensamento do autor e não produz efeitos no mundo exterior (não merecendo, portanto, relevância penal). Já a segunda seria o motor de uma atividade capaz de gerar um resultado delitivo.

No que concerne ao elemento intelectual, marcado pela consciência do agente, o sujeito, para que possa ter sua conduta enquadrada como dolosa, deve

saber o que faz e conhecer os elementos que caracterizam sua ação como ação típica. O conhecer refere-se somente aos elementos objetivos do tipo, ficando a ciência da antijuridicidade a ser analisada em sede de culpabilidade.

Em brilhante lição, Mirabete e Renato N. Fabbrini conceituam o dolo e mostram os elementos que o compõem:

Ao se examinar a conduta, verifica-se que segundo a teoria finalista, é ela um comportamento voluntário (não reflexo) e que o conteúdo da vontade é o seu fim. Nessa concepção, a vontade é o componente subjetivo da conduta, faz parte dela e dela é inseparável. Se A mata B, não se pode dizer de imediato que praticou um fato típico (homicídio), embora essa descrição esteja no art. 121, CP (“matar alguém”). Isto porque o simples fato de causar o resultado (morte) não basta para preencher o tipo penal objetivo. É indispensável que se indague do conteúdo da vontade do autor do fato, ou seja, o fim que estava contido na ação, já que a ação não pode ser compreendida sem que se considere a vontade do agente. Toda ação consciente é dirigida pela consciência do que se quer e pela decisão de querer realiza-la, ou seja, pela vontade. A vontade é querer alguma coisa e o dolo é a vontade dirigida à realização do tipo penal. Assim, pode-se definir o dolo como a consciência e a vontade na realização da conduta típica, ou a vontade da ação orientada para a realização do tipo (MIRABETE e FABBRINI, 2007, p. 129).

A partir dos estudos de Hans Welzel (1956), adotados como marco teórico do presente trabalho, a análise a ser desenvolvida abarcará as importantes inovações trazidas pela Teoria Finalista da Ação, dentre elas, em especial, o deslocamento do dolo da culpabilidade para a tipicidade e a qualificação da vontade como uma vontade finalisticamente dirigida.

2.2.2. TEORIAS DO DOLO

Existem três teorias que tentam explicar o dolo: Teoria da vontade; Teoria da representação e; Teoria do assentimento (ou consentimento).

a) Teoria da vontade

Segundo a teoria da vontade, adotada pelos defensores da Teoria Finalista da Ação, o dolo é a vontade livre e consciente de realizar a conduta e produzir o resultado, ou seja, praticar o fato criminoso. Portanto, para que haja a configuração

do dolo é necessária a presença de dois requisitos: a) quem realiza o ato deve conhecer os atos e sua significação; b) o autor deve estar disposto a produzir o resultado.

b) Teoria da representação

Na teoria da representação, a essência do dolo está, sobretudo, na simples previsão do resultado pelo agente e, ainda assim, este decide pela continuidade de sua conduta. Destarte, ainda que não ocorra a vontade do agente em querer ou assumir o risco de produzir o resultado, o dolo restará configurado. A dura crítica feita a essa teoria recai sobre o fato de não haver distinção entre dolo eventual e culpa consciente, já que a antevisão do resultado leva à responsabilização do agente a título de dolo.

c) Teoria do assentimento

Essa terceira teoria remete a ideia de que atua com dolo aquele que, mesmo sem ter a finalidade de produzir o resultado, o prevê como possível advindo da prática de sua conduta e, mesmo assim, assume o risco de praticá-la. Em outras palavras, o sujeito, mesmo não querendo cometer o delito de forma direta, o entende como possível e não se importa com a sua ocorrência.

Relacionando o exposto acima com o Código Penal, mais precisamente com o artigo 18, inciso I, tem-se clara visão de que, na primeira parte do dispositivo, o código adotou a teoria da vontade, já que se refere ao querer, à finalidade específica. Em contrapartida, na segunda parte, adotou a teoria do assentimento, dizendo que o agente assume o risco de produzir o resultado, utilizando, portanto, o dolo eventual. Diante disso, como já explicitado anteriormente, para a conduta ser considerada dolosa deverá conter tanto elementos volitivo quanto intelectual.

2.2.3. ESPÉCIES DE DOLO

a) Dolo direto

O dolo direto ou determinado é aquele em que o sujeito tem como finalidade de sua ação realizar o resultado livre e conscientemente representado em sua mente, ou seja, ele age deliberadamente a esse fim. Assim, o agente, ao praticar a conduta, busca finalisticamente a produção do resultado pretendido. Para exemplificar essa situação, pense em um sujeito X que pretende causar a morte do sujeito Y, seu desafeto. Aquele saca seu revólver e o dispara contra esse último, vindo a matá-lo. A conduta de X, como se percebe, foi direta e finalisticamente dirigida a causar a morte de Y.

A ação criminosa se divide em três fases: a) a primeira é a fase interna, em que o agente mentaliza o que quer, qual resultado pretende; b) a segunda é a que o agente escolhe os meios a serem utilizados para a prática da ação e consequente produção do resultado e; c) a terceira é aquela em que o sujeito reflete acerca dos efeitos não desejados diretamente, mas que podem ocorrer como efeitos colaterais de sua conduta. Essa classificação é importante no que diz respeito a distinção entre dolo direto de primeiro grau e de segundo grau. O primeiro abrange as duas primeiras fases da ação criminosa (mentalização e escolha dos meios); já o dolo de segundo grau seria aquele advindo dos efeitos colaterais da conduta, isto é, o agente quer diretamente um resultado específico, e ocorre, entretanto, que para a realização desse resultado ele necessariamente tem que querer outros resultados.

b) Dolo eventual

O dolo eventual encontra-se na segunda parte do artigo 18, inciso I do Código Penal. Nele, o agente não faz questão do resultado, mas assume o risco de produzi-lo. Assim, o sujeito é indiferente à ocorrência do resultado, mesmo prevendo-o como provável e possível, não se abstém de agir, assumindo o risco de produzir o resultado.

Uma situação capaz de exemplificar o dolo eventual é aquela em que o sujeito pretende atirar na vítima que está conversando com outra pessoa. Ele percebe que atirando na vítima poderá atingir o outro. Não obstante essa possibilidade, prevendo que pode matar o terceiro, é-lhe indiferente que este resultado se produza, tolerando sua morte, mesmo não a querendo. Assim, caso isso venha a acontecer, o agente responderá tanto por dolo direto (por atirar na vítima) quanto por dolo eventual.

Além do dolo eventual, outra espécie pode se enquadrar no chamado dolo indireto, qual seja, o dolo alternativo. Esse pode ocorrer tanto em relação ao resultado (age a fim de produzir um ou outro resultado) quanto em relação à pessoa a ser atingida (age a fim de atingir uma ou outra pessoa).

c) Dolo de dano e dolo de perigo

No dolo de dano, o agente quer o dano, ou assume o risco de produzi-lo. Portanto, ele estará presente todas as vezes que o tipo penal representar a incriminação de uma conduta que pode gerar dano ao bem jurídico tutelado. Quando o perigo constituir a figura típica e o agente desejar ou assumir o risco de alcançar o resultado de perigo, estar-se-á diante do dolo de perigo.

d) Dolo genérico e dolo específico

Distinção que vigorava na época da teoria natural da ação e que hoje perde relevância em detrimento da adoção da teoria finalista, já que toda conduta dolosa

é finalisticamente dirigida à produção de um resultado. O dolo genérico era aquele em que o agente era punido simplesmente por praticar voluntariamente e com consciência o fato descrito na lei, não havendo qualquer indicação do elemento subjetivo, da finalidade do agente. Em contrapartida, o dolo específico vinha descrito no tipo penal, indicando o especial fim de agir.

e) Dolo geral

Ocorre o dolo geral, segundo Welzel (1956), “quando o autor acredita haver consumado o delito quando na realidade o resultado somente se produz por uma ação posterior, com a qual buscava encobrir o fato”. O agente, julgando ter obtido o resultado esperado, pratica outra ação com diverso propósito e, só então, é que a pretensão inicial se consuma. Para exemplificar a situação, tem-se o caso em que o sujeito, após desferir facadas na vítima, acreditando que ela estava morta a joga em um rio. Ocorre que na verdade a vítima morreu de afogamento, portanto, o resultado inicialmente pretendido veio a ocorrer em decorrência do afogamento, não das facadas.

Nesses casos não seria razoável imputar duas infrações penais distintas para duas ações também distintas (tentativa de homicídio ao desferir as facadas e homicídio culposo ao jogar a vítima no rio). O mais correto será imputar o dolo geral ao agente, que acompanha sua ação desde o início até o efetivo resultado *ab initio*.

Finalizando a análise do dolo, resta claro demonstrar que o dolo no Código Penal é tido como regra e a culpa como exceção. Isso está presente no artigo 18, parágrafo único do referido código, que diz: “salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”. Assim, não havendo qualquer ressalva expressa no texto da lei, a modalidade culposa não será admitida naquela infração penal.

2.3. CULPA

2.3.1. CONCEITO DE CULPA

De antemão, é importante mostrar a clareza e objetividade de Bitencourt (2011, p. 239) ao conceituar culpa como “a inobservância do dever objetivo de cuidado manifestada numa conduta produtora de um resultado não querido, mas objetivamente previsível”.

Não obstante a conduta culposa ser um ilícito penal, ela se diferencia da conduta dolosa no que tange a estrutura, ou seja, ao passo que no dolo a punição recai sobre uma conduta dirigida a um fim ilícito, na culpa se pune a conduta mal

dirigida, na qual se tem como finalidade, normalmente, um resultado penalmente irrelevante.

No Código Penal a conduta culposa está reverenciada no artigo 18, inciso II. Por esse dispositivo tem-se que ela corre quando o agente dá causa a um resultado por ter agido com imprudência, negligência ou imperícia. Entretanto, tal definição não é suficiente para aferir com precisão se determinada conduta praticada pelo agente pode ou não ser considerada culposa. Para a caracterização da conduta culposa, necessária se faz a junção de alguns elementos, como: a) conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva; b) inobservância de um dever de cuidado (imprudência, negligência ou imperícia); c) resultado lesivo não querido pelo agente; d) nexó de causalidade entre a conduta e o resultado; e) previsibilidade e; f) tipicidade.

Diante do exposto é possível reconhecer que, tanto a finalidade do autor quanto os meios empregados por ele para se alcançar determinado resultado, não são objetos jurídicos penalmente relevantes, e sim a forma de utilização do meio. Um exemplo bastante elucidativo é o caso do sujeito que está dirigindo um veículo. Sua finalidade, ir de um lugar para outro, assim como o meio empregado, veículo, são penalmente irrelevantes. O modo como o sujeito usa o meio é que será objeto de atenção, isto é, conduzir em velocidade excessiva é que trará consequências jurídicas.

Conforme já mencionado, o conceito de culpa se baseia na inobservância de um dever de cuidado. Isso quer dizer que, sobre cada homem na sociedade, recai o dever de praticar os atos da vida com as devidas cautelas, para que bens jurídicos de terceiros não sejam lesionados. Todavia, inexistente um dever de cuidado geral, capaz de abarcar todas as situações fáticas possíveis. Por isso, em determinados fatos lesivos nos quais não seja possível distinguir pelas normas jurídicas se foram obedecidas as cautelas necessárias, dever-se-á analisar de acordo com o caso concreto o que era razoavelmente exigido do agente em determinada situação.

Outro ponto que merece especial atenção é a *previsibilidade*, aspecto subjetivo da culpa. Entende-se como a possibilidade de conhecer o perigo que a conduta descuidada do agente pode gerar aos bens jurídicos alheios, isto é, embora não preveja efetivamente o resultado, o agente poderia prevê-lo. Embora seja um aspecto bem subjetivo, delimitado por diversos fatores, situações e pessoas, essa previsibilidade deverá ser aferida pelo juiz com base na perspicácia comum, normal dos homens. Por isso é chamada de previsibilidade comum, baseada no homem médio, de prudência e conhecimentos medianos.

Para parte da doutrina, porém, devido ao fato de os homens serem diferentes no que concerne à inteligência, conhecimento e instrução, deve ser considerada

também a previsibilidade subjetiva, em que a reprovabilidade da conduta será constatada de acordo com a previsibilidade de cada um, levando em conta as características do sujeito focalizado.

2.3.2. MODALIDADES DE CULPA

a) Imprudência

A imprudência é a atitude em que o agente atua sem o cuidado necessário. Ela implica sempre em um comportamento ativo do sujeito, provido de precipitação/insensatez. Exemplos de imprudência são: dirigir veículo em rua movimentada com excesso de velocidade; caçar em locais públicos; manejar arma carregada etc..

b) Negligência

Diferentemente da imprudência, na negligência tem-se uma modalidade marcada pela omissão. Pode ser entendida como a falta de precaução, de cuidado. É a inércia do agente antes de começar a agir. Assim, podendo tomar as cautelas exigíveis, não o faz por indolência ou preguiça. Deixar arma de fogo ao alcance de crianças bem como deixar de reparar e verificar pneus e freios antes de viajar são exemplos de condutas negligentes.

c) Imperícia

A imperícia é a ação ou omissão que demonstram incapacidade/inaptidão técnica para o exercício de profissão ou atividade. Assim, o atirador de elite que mata a vítima em vez de acertar o criminoso é um clássico exemplo de imperícia.

Vale ressaltar que se a imperícia advier de pessoa que não exerce arte ou profissão, como o curandeiro que faz uma intervenção cirúrgica, tem-se imprudência.

2.3.3. ESPÉCIES DE CULPA

a) Culpa consciente

A culpa consciente é aquela em que o sujeito prevê o possível resultado e mesmo assim age, na crença sincera de que este não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta de imediato, por entender que o evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo.

Essa espécie de culpa se aproxima muito do dolo eventual. Por hora, basta o entendimento de que ambos são marcados pela previsão do resultado, tendo como

principal ponto de divergência o fato de que no dolo há a indiferença da ocorrência do resultado, enquanto que na culpa não existe essa indiferença.

Em decorrência dessa proximidade, geradora de dúvidas e incertezas sobre qual instituto aplicar em determinados delitos, tratar-se-á, no capítulo subsequente, de todos os pontos que os diferenciam, bem como suas consequências com as respectivas aplicações.

b) Culpa inconsciente

A culpa inconsciente ocorre quando o agente não prevê o resultado, embora pudesse e devesse ter previsto. Portanto, essa se afigura como a noção tradicional de culpa, englobando todos os seus elementos constituintes, dentre eles a previsibilidade da ocorrência do resultado (previsibilidade objetiva) e a violação de um dever de cuidado.

Como exemplo simplório, tem-se a situação do sujeito que, ao dirigir em alta velocidade, perde o controle do carro e atropela uma vítima. O agente que dirigia o carro não teve a antevisão do resultado, entretanto, o fato de dirigir em alta velocidade ensejaria previsibilidade do resultado a qualquer pessoa.

3. DOLO EVENTUAL X CULPA CONSCIENTE

3.1. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE

Como dito anteriormente, o dolo eventual se aproxima muito da culpa consciente, restando complicado ter a precisão de qual instituto aplicar nos delitos, principalmente nos homicídios no trânsito. Diante desse impasse, várias teorias foram criadas pela doutrina a fim de explicar a diferenciação entre ambos.

A resposta à pergunta “qual a diferença entre culpa consciente e dolo eventual”, pode ser dada por Fernando Capez na seguinte lição:

A culpa consciente difere do dolo eventual porque neste o agente prevê o resultado, mas não se importe que ele ocorra (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas não importa; se acontecer, tudo bem, vou prosseguir”). Na culpa consciente, embora prevendo o que possa vir a acontecer, o agente repudia essa possibilidade (“se eu continuar dirigindo assim, posso vir a matar alguém, mas estou certo de que isso, embora possível, não ocorrerá”). O traço distintivo entre ambos, portanto, é que no dolo eventual o agente diz: “não importa”, enquanto na culpa consciente

supõe: “é possível, mas não vai acontecer de forma alguma” (CAPEZ, 2001, p. 193).

Destarte, como explicitado pelo ilustre doutrinador, a principal divergência entre dolo eventual e culpa consciente consiste na indiferença ou não do autor na ocorrência do resultado.

O limite entre os dois institutos reside no reconhecimento de que na culpa com representação o que se conhece é o perigo de que o resultado danoso possa ocorrer, embora este perigo seja rejeitado pelo agente, pois ele acredita que, chegado o momento, ele evitará o resultado ou este não ocorrerá. Portanto, na culpa consciente, o agente não aceita o resultado e não assume o risco de produzi-lo. Já no dolo eventual o agente aceita o resultado e assume o risco de produzi-lo, haja vista o resultado danoso ser para ele indiferente.

Note-se que assumir um risco não é somente prever o resultado. Deve o agente, além de prevê-lo, aceitá-lo ou, pelo menos, tolerá-lo, e não se importar com o acontecimento. Assim, quando age com culpa consciente, o agente não quer o resultado, mas, por erro ou excesso de confiança (imprudência), por negligência ao deixar de empregar a diligência necessária ou por falta de preparo para concretizar seu intento, acaba por lhe dar causa. Já no dolo eventual, ocorre uma aceitação do resultado – o agente não se interessa pelo que pode vir a ocorrer, é indiferente ao resultado de sua conduta.

3.2. TEORIAS EXPLICATIVAS DA DIFERENCIAÇÃO

a) Teorias intelectivas

Juarez Tavares (2002) propõe uma classificação a respeito das teorias existentes sobre o dolo eventual e a culpa consciente. O autor agrupa as diversas teorias em dois grandes grupos: intelectivas e volitivas, seguindo a divisão dos elementos que compõem o dolo e a estrutura do tipo.

Segundo as teorias intelectivas, os limites do dolo devem ser determinados com base no conhecimento do agente a respeito dos elementos do tipo subjetivo. Dentre elas, merecem destaque:

a.1) Teoria da representação (possibilidade)

Teoria elaborada por Schroeder e Schmidhauser que defende uma redução simplista entre dolo eventual e culpa consciente. Segundo essa teoria, a culpa consciente não existe, mas apenas a inconsciente, uma vez que seria contraditório o

agente prever o resultado que ele não aprova e mesmo assim continuar na conduta com a certeza de que aquele não acontecerá.

O dolo eventual é caracterizado pela percepção do risco pelo agente. A mera representação da possibilidade de uma lesão já bastaria para sua configuração. Assim, se o condutor do veículo percebe, ao ultrapassar os limites de velocidade, que cria um risco e é possível a eventual lesão ou morte de alguém em decorrência daquele comportamento, haverá dolo eventual, independente de sua vontade em relação a tal resultado — seja indiferença, seja certeza de que nada ocorrerá.

A crítica a essa teoria advém da sua abrangência, pois estende demais o conceito de dolo. Basta a percepção da criação do risco para que o dolo eventual fique configurado, não importando se o condutor tenha certeza de que nada vai acontecer devido à sua habilidade ou ao fato de ter tomado os cuidados necessários para evitar o resultado lesivo. Assim sendo, é uma teoria que não deve ser acolhida, pois reduz o dolo a um elemento intelectual apenas, sem conteúdo volitivo.

a.2) Teoria da probabilidade

Na teoria da probabilidade, desenvolvida por Hellmuth Mayer, se o agente contava com a probabilidade do resultado, isto é, considerava altamente provável que o evento se realizaria e, assim mesmo, continuou agindo, deve responder por dolo eventual. O autor dizia que “a probabilidade significa mais do que a mera possibilidade”.

Portanto, haverá dolo eventual quando o agente prevê como provável, e não apenas como possível, o resultado, atuando, admitindo ou não o resultado. Entretanto, se a produção do resultado for pouco provável, haverá culpa consciente. Um exemplo dessa situação é o caso em que X atira a longa distância em Y, com o intuito de testar a eficácia do tiro da arma. Se X, no momento da ação, tiver consciência da possibilidade concreta do resultado morte (probabilidade) de Y, e, ainda assim, disparar e ocorrer o evento, significa que o consentiu e houve o dolo eventual.

a.3) Teoria da evitabilidade

A teoria da evitabilidade foi plenamente desenvolvida por Armin Kaufmann. Segundo essa doutrina, a linha divisória entre dolo eventual e culpa consciente é a responsabilização dolosa dos efeitos concomitantes representáveis pelo autor como prováveis, não apenas possíveis.

Em apertada síntese, para a teoria da evitabilidade, na culpa consciente o agente ativa os contrafatores necessários a fim de evitar a realização do tipo, mesmo

que não consiga. No dolo eventual, ao contrário do instituto anterior, o agente não ativa esses contrafatores necessários para evitar o tipo.

a.4) Teoria do risco

Sobre a presente teoria, merece destaque a lição de Juarez Cirino dos Santos:

A teoria do risco de Frisch (às vezes classificada como variante da teoria da possibilidade), define dolo pelo conhecimento da conduta típica, excluindo do objeto do dolo o resultado típico porque a ação de conhecer não pode ter por objeto realidades ainda inexistentes no momento da ação; não obstante, trabalha com o critério de *tomar a sério o* e de *confiar na evitação do* resultado típico para distinguir a decisão pela possível lesão do bem jurídico (dolo eventual) da mera imprudência consciente, aproximando-se, por isso, da teoria dominante. A crítica à teoria se concentra na questão do objeto do dolo: a ausência do elemento volitivo tornaria artificiosa a atitude do autor; depois, seria inaceitável um dolo sem conhecimento das circunstâncias de fato, especialmente do resultado típico, definido pela teoria como mero prognóstico – embora seja nesse sentido que o resultado típico constitui o objeto do dolo (SANTOS, 2008, p. 148).

Para melhor explicar a presente teoria, tem-se o seguinte exemplo: no homicídio, o objeto não será a morte da vítima, mas sim a conduta típica. Assim, para que o dolo eventual reste configurado, basta o sujeito ter conhecimento do risco de sua conduta, não podendo ser qualquer risco, e sim o risco tipificado como ação proibida.

a.5) Teoria do perigo descoberto

Assim como Fisch, Herzberg, ao desenvolver essa teoria, desloca o elemento volitivo do conteúdo do dolo, tornando-o um assunto essencialmente ligado à imputação objetiva. A distinção entre dolo eventual e culpa consciente reside na natureza do perigo, ou seja, segundo Juarez Cirino dos Santos (2008), o perigo pode ser considerado como desprotegido, protegido e desprotegido distante. Pelo primeiro entende-se aquele marcado pela dependência de meros fatores de sorteazar (a sorte é que decidirá se o resultado lesivo ocorrerá ou não), como na roleta russa, em que o dolo estará configurado mesmo que o autor confie na ausência do resultado.

A culpa consciente se faz presente nos casos de perigo protegido, quando o possível resultado é evitado mediante cuidado ou atenção do autor; da vítima ou de terceiro. O caso do professor que deixa seus alunos nadarem em um rio caudaloso, onde há uma placa indicativa do perigo das águas, não terá contra si imputação ao tipo objetivo, caso algum de seus alunos venha a morrer.

Por fim, o perigo desprotegido distante se assemelha ao perigo protegido, cujo dolo eventual é afastado.

Juarez Tavares relata a fragilidade dessa teoria na seguinte lição:

... nem sempre haverá só culpa consciente quando o perigo for resguardado, por exemplo, no caso em que o risco do resultado lesivo se apresente claro ao autor, deixando este que o acaso ou a sorte decidam acerca das consequências de seu ato, como no exemplo da professora que autoriza o banho de mar em condições absolutamente perigosas e sem nenhuma margem de segurança ou do motorista que cruza o sinal vermelho na frente de outros veículos, em alta velocidade. Mas, nem sempre haverá dolo eventual quando o resultado tenha sido deixado ao acaso. Pois, em caso de dúvida remota acerca da constituição do objeto, a postura subjetiva do agente é no sentido de esperar que este resultado não ocorra, por exemplo, no caso da sedução em que, pela compleição física da vítima, poderia ele supor que se tratasse de pessoa maior de idade. O critério da evitabilidade objetiva, ainda que incerto, pode valer, porém, como elemento acessório da identificação da assunção do risco relativamente à postura do agente de tomar como séria a possibilidade de produzir o resultado (TAVARES, 2002, p. 340).

Dessa forma, essa teoria não conseguiu abarcar todas as situações, trazendo certa imprecisão ao diferenciar dolo eventual de culpa consciente em determinados casos concretos.

b) Teorias volitivas

Em oposição às anteriores – teorias intelectivas -, nas teorias volitivas a vontade é o fator determinante para se estabelecer a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Assim, deve-se levar a cabo tanto elementos intelectivos quanto elementos volitivos nas presentes teorias, quais sejam: teoria da indiferença e teoria do consentimento.

b.1) Teoria da indiferença

Para a teoria da indiferença, defendida por Engisch e parte da doutrina brasileira, o dolo eventual está marcado pela indiferença do autor quanto aos possíveis resultados colaterais típicos de sua conduta. Em outras palavras, a diferenciação do dolo eventual da culpa consciente esbarra no grau de indiferença por parte do agente para com o bem jurídico ou a sua lesão. No outro viés, a culpa consciente é caracterizada pela inaceitabilidade do resultado por parte do agente.

Critica-se tal teoria pelo reducionismo do dolo eventual. Mesmo que não haja indiferença e o agente tenha o efetivo desejo de que o resultado lesivo não ocorra, ser-lhe-á imputado o dolo eventual, caso ele tenha previsto a possibilidade de o resultado lesivo e mesmo assim tenha continuado com seu comportamento, sob a justificativa de que houve aceitação do risco.

Além disso, nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2008) “a ausência de representação do resultado, própria da imprudência inconsciente, pode indicar o mais elevado grau de indiferença em relação ao bem jurídico protegido”.

b.2) Teoria do consentimento

Teoria desenvolvida por Mezger e adotada pelo Código Penal Brasileiro, no artigo 18, inciso I. O dolo eventual é definido pelo ato de aprovar o resultado típico previsto como possível juntamente com o fato de esse resultado agradar ao autor. Não obstante esses dois elementos, o que caracteriza de fato o dolo eventual é o “consentir”, o “aceitar” ou o “assumir o risco” de produzir o resultado lesivo, sendo o lado emocional (agradar ao autor) considerado uma exigência apenas para parte dos adeptos dessa formulação. Essa ideia é reforçada por Juarez Tavares (2002), que subdivide a teoria do consentimento em duas vertentes: a dos que exigem que o resultado seja agradável ao agente e; a dos que dispensam referido requisito. Tal posicionamento, apesar de divergir da ideia de Mezger, se mostra coerente, haja vista que, mesmo o resultado sendo desagradável, o dolo eventual não estará afastado, pois do contrário estar-se-ia transformando o dolo eventual em dolo direto.

Damásio de Jesus (2005), para melhor explicar essa teoria, destaca a existência de dois elementos fundamentais para a configuração do dolo eventual, um intelectual e outro volitivo. Pelo primeiro, o sujeito deve prever a possibilidade de produção do resultado em face dos meios utilizados e do fim almejado, não se exigindo consciência da probabilidade. O elemento volitivo se refere ao fato de o agente consentir na concretização da conduta, reconhecendo e conformando-se com essa possibilidade.

Concomitantemente às formulações teóricas de distinção entre dolo eventual e culpa consciente, Frank, doutrinador alemão ícone da Teoria do Delito, cria dois critérios práticos conhecidos como Teoria Positiva do Consentimento e Teoria Hipotética do Consentimento.

A Teoria Hipotética do consentimento aduz para que a previsão da possibilidade de ocorrência do resultado somente constituirá dolo quando antevisto o evento como certo pelo agente e esse, mesmo assim, continuou na ação. Portanto, configurado estará o dolo eventual quando o sujeito, prevendo o resultado como possível, agiu sem se importar com a sua ocorrência. Em contrapartida, ocorrerá culpa consciente quando ao agente for previsível um resultado incapaz de fazê-lo prosseguir na sua consecução, mas ele acredita e espera a sua não ocorrência.

A Teoria Positiva do Consentimento, baseada na fórmula 2 de Frank e prevalente na legislação brasileira, entende que no dolo eventual o sujeito não leva em conta a possibilidade do evento previsto, agindo e assumindo o risco de sua produção (“seja assim ou de outra maneira, suceda isto ou aquilo, em qualquer caso, agirei”).

Diante do exposto, pode-se dizer que a fórmula de Frank não é um critério penal e sim processual penal, ligada a prova. Ao invés de, no plano teórico, saber distinguir o que é dolo eventual de culpa consciente, a fórmula remete ao caso concreto, exigindo que o aplicador decida, hipoteticamente, se o sujeito agiria “pouco se importando com a produção do resultado”, tendo a certeza da sua ocorrência. Assim, o aplicador teria que, a partir das provas produzidas, decidir o que teria feito o réu, punindo-o na pendência de uma suposição.

Concluindo a presente discussão, resta claro que a teoria dominante no Brasil não apresenta um critério penal claro na distinção entre dolo eventual e culpa consciente, fazendo com que não haja certeza em qual modalidade de imputação aplicar e, conseqüentemente, gerando graves prejuízos ao réu.

3.3. CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E DA CULPA CONSCIENTE

A diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente deve, ou pelo menos deveria, ser um “mistério” passível de solução no plano teórico, uma vez que esta confusão pode trazer graves conseqüências para o autor de um delito. Dependendo da tipificação dada pelo magistrado à ação do agente, a repressão estatal se manifestará de forma mais ou menos severa a uma mesma conduta.

No Brasil essa indefinição traz conseqüências gravíssimas. Caso um sujeito, praticando homicídio simples, responda por dolo eventual, sua pena será de 6 (seis)

a 20 (vinte) anos. Em contrapartida, se lhe for imputado culpa a pena máxima será de 3 (três) anos. Tomemos como exemplo a tragédia de Santa Maria – RS. Ao considerar homicídio culposo, produzindo-se diversas mortes, a regra é aplicar o concurso formal, aumentando a sanção até a metade. Assim, a pena poderia chegar ao máximo de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses. Considerando como dolo eventual, há quem possa sustentar a presença do desígnio autônomo e aplicar a regra prevista na segunda parte do artigo 70 do Código Penal, ou seja, somar as penas dos crimes cometidos. Dessa forma, o mesmo crime, por ter sido enquadrado em dolo eventual ao invés de culpa consciente, teria a pena mínima de 6 (seis), somada 245 (duzentos e quarenta e cinco) vezes pelo cúmulo material (fruto das 245 (duzentos e quarenta e cinco) mortes ocorridas naquela trágica noite), resultando em uma condenação de 1.470 (mil quatrocentos e setenta) anos de reclusão, embora o limite constitucional seja de 30 (trinta) anos.

Outra consequência da decisão de qual tipificação será dada (dolo ou culpa) à conduta do agente é a determinação da competência e do rito processual a ser seguido. De acordo com o artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” da Constituição Federal, o júri é o competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Em contrapartida, se o crime contra a vida (homicídio, por exemplo) acontecer na modalidade culposa, a competência para julgar a ação será do juiz singular.

Mais uma consequência é a de que a princípio não cabe prisão provisória em crimes culposos, cabendo, no entanto, em todas as modalidades de dolo (direto ou indireto) de homicídio.

Assim, mesmo ainda não existindo um critério seguro e conceitos precisos para determinar qual título de imputação aplicar a certa conduta, essa decisão deverá respeitar os princípios penais bem como critérios político criminais, uma vez que existe uma relevante diferença entre as consequências da aplicação do dolo eventual ou da culpa consciente.

4. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO

4.1. SEGURANÇA NO TRÂNSITO À LUZ DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A proteção de bens jurídicos tangíveis, como a propriedade, o patrimônio e a vida, sempre foi alvo da dogmática penal, visto que suas lesões são facilmente apreciáveis. Acontece que outros interesses passíveis de apreciação, mesmo que intangíveis, também foram surgindo com o tempo, como é o caso da segurança no trânsito.

No que concerne ao direito à segurança do trânsito, vale expor a bela lição de Arnaldo Rizzardo:

Tão importante tornou-se o trânsito para a vida nacional que passou a ser instituído um novo direito, ou seja, a garantia a um trânsito seguro. Dentre os direitos fundamentais, que dizem como a própria vida, como a cidadania, a soberania, a saúde, a liberdade, a moradia e tantos outros, proclamados no art. 5º da Constituição Federal, está o direito ao trânsito seguro, regular, organizado ou planejado, não apenas no pertinente à defesa da vida e da incolumidade física, mas também relativamente à regularidade do próprio trafegar, de modo a facilitar a condução dos veículos e a locomoção das pessoas (RIZZARDO, 2008, p. 37).

Dessa forma, a segurança no trânsito passou a ser um direito previsto constitucionalmente, fazendo correlação com o artigo 5º da Carta Magna ao dizer que são garantidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Com a Legislação Específica instituidora do Código de Trânsito Brasileiro – Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 –, a segurança no trânsito passou a ser vista como um direito coletivo, conforme artigo 1º, parágrafo 2º do referido diploma legal:

Art. 1º

[...]

§2º O trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito.

Assim, essa norma deve ser interpretada como um princípio (princípio da universalidade do direito ao trânsito seguro), já que cria um direito aplicável a todos, indistintamente. Nesse sentido, Damásio de Jesus (2009) conclui que a objetividade jurídica principal nos delitos de trânsito pertence à coletividade, nada impedindo que se reconheça nesses delitos uma objetividade jurídica secundária, já que a respectiva norma penal protege por via indireta interesses individuais, como a vida, a integridade, a saúde, entre outros.

Para Juliano Viali dos Santos, esse direito é uma espécie do gênero direito à segurança, conforme se verifica na lição abaixo:

Com isso, o legislador de trânsito, na busca de soluções para a violência e as crescentes perdas no trânsito, especificou esse direito fundamental de segurança, com o surgimento do direito fundamental de todos a um trânsito em condições seguras (trânsito seguro), como uma espécie do gênero advindo da norma constitucional e para concretizar o conteúdo do direito humano fundamental genérico (segurança) nas relações do trânsito.

Dessa forma, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu art. 1º, § 2º, erigiu o direito fundamental de um trânsito seguro, ou seja, que o trânsito, em condições seguras, é um direito de todos e dever dos órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito, a estes cabendo, no âmbito das respectivas competências, adotar as medidas destinadas a assegurar esse direito (SANTOS, 2008, p. 7).

Destarte, o direito a segurança no trânsito foi positivado pelo legislador objetivando a redução da violência verificada no trânsito brasileiro, atribuindo aos órgãos e entidades que compõem o Sistema Nacional de Trânsito o dever de adotar as medidas indispensáveis à sua concretização.

A despeito de ser um direito, a segurança no trânsito é também uma obrigação, pois depende da participação de toda a sociedade para que o direito seja garantido, não sendo possível responsabilizar somente órgãos e entidades do Sistema Nacional de Trânsito. Nesse diapasão, o *caput* do artigo 28 do Código de Trânsito Brasileiro merece ser transcrito a fim de elucidar o entendimento:

Art. 28 O condutor deverá, a todo momento, ter domínio do seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito.

Observando a estrutura dos delitos previstos no Código de Trânsito Brasileiro constata-se que a segurança no trânsito é o bem jurídico principal a ser tutelado em quase todos os crimes, tendo como sujeito passivo o titular do interesse jurídico, qual seja, a coletividade.

Os delitos de trânsito podem ser classificados em próprios e impróprios, sendo estes delitos que podem, também, serem praticados fora da circulação de veículo, como por exemplo, o homicídio culposo. Já os crimes próprios só podem ser cometidos na circulação de veículos, como o "racha", a embriaguez ao volante, etc. Critica-se a ideia de considerar os crimes de trânsito como de perigo abstrato ou presumido, sendo estes inconstitucionais, por não permitirem prova em contrário,

ferindo os princípios da lesividade, alteridade, fragmentariedade, proporcionalidade, entre outros.

Portanto, em consonância com o pensamento de Damásio (2009), sendo a segurança no trânsito o bem jurídico principal tutelado nos crimes de trânsito, todos esses crimes seriam delitos de lesão, já que acarretariam, ao menos, lesão à segurança no trânsito.

O Código de Trânsito Brasileiro, diante de seu objeto jurídico primário (segurança no trânsito), preocupou-se em antecipar o dano, punindo condutas que geralmente resultam em eventos graves. Por meio do reflexo das normas de circulação e punições a condutas danosas à segurança no trânsito, a legislação busca proteger, também, bens jurídicos particulares.

Cabe ressaltar que a legislação de trânsito não se baseia somente no Código de Trânsito Brasileiro, mas compreende as normas em sentido amplo, representadas pelos atos normativos emanados pelos órgãos de trânsito, em especial as Resoluções do CONTRAN, que complementam o CTB. Ainda assim, deve-se falar do artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, cuja previsão possibilita a aplicação das normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, bem como da lei 9.099/95, supletivamente em relação aos crimes cometidos na direção de veículos automotores previstos no CTB.

4.2. DOS DELITOS EM ESPÉCIE

4.2.1. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO (ARTIGO 302 DO CTB)

Devido aos altos índices de violência no trânsito e o grande número de condutores infratores, o Código de Trânsito Brasileiro passou a tipificar o homicídio culposo, em seu artigo 302, com a seguinte redação: "praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor".

Analisando a letra da lei, consistente se faz a crítica elaborada por Damásio de Jesus:

O conceito típico é criticável. Nunca houve maneira mais estranha de descrever delito. O verbo, que tecnicamente representa o núcleo do tipo, refletindo a ação ou a omissão, não menciona a conduta principal do autor. É "praticar". Ora, o comportamento do autor no homicídio culposo, para fins de definição típica, não consiste em "praticar homicídio culposo", e sim "matar alguém culposamente". O verbo típico é "matar", não "praticar". O sujeito é punido não porque "praticou", mas

sim porque “matou alguém”. O autor é quem realiza a conduta contida no verbo do tipo, e não quem “pratica homicídio” (DAMÁSIO, 2009, p. 71).

Para que seja configurado o homicídio culposo no trânsito necessário se faz que o agente esteja conduzindo o veículo no momento do cometimento do crime. Assim, a conduta seria atípica caso o agente não se encontrasse na direção do veículo. Um exemplo dessa situação é o caso de quando o carro encontra-se desligado e o agente, imprudentemente, o empurra, resultando em um homicídio. Aqui se estará perante um homicídio culposo disciplinado pelo Código Penal, e não pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Outra característica do crime de homicídio culposo no trânsito é que ele pode ocorrer tanto em vias públicas quanto privadas, bastando que seja praticado em um veículo automotor. Dessa forma, independente de o crime ser praticado em um estacionamento particular ou em uma rodovia, configurado estará o delito.

A caracterização da culpa nos delitos de trânsito provém, inicialmente, do desrespeito às normas disciplinares contidas no próprio Código de Trânsito, como imprimir velocidade excessiva; dirigir embriagado; avançar sinal vermelho etc.. Todavia, essas não são as únicas hipóteses que ensejam o crime culposo, pois o agente, ainda que não desrespeite as regras disciplinares impostas, pode agir com inobservância do cuidado necessário e, assim, cometer o crime. A ultrapassagem feita em lugar permitido, mas sem a necessária atenção, pode causar acidente e implicar na ocorrência do crime culposo, mostrando claramente que, mesmo que um ato não seja infração administrativa, pode ser causa de um homicídio culposo no trânsito.

Mister se faz a distinção entre dolo eventual e culpa consciente no que tange à conduta do agente de matar alguém na direção de veículo. Dependendo do enquadramento, ela será considerada culposa e, portanto, disciplinada pelo artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro; ou dolosa, seguindo o disposto no Código Penal. Acerca dessa diferenciação, Arnaldo Rizzardo traz uma lição:

Diante do quadro que presentemente se descortina, há dolo eventual sempre que se dá a adesão ao resultado previsível, e assim quando alguém arremessa um veículo contra outrem, quando se imprime desenfreada velocidade em via perigosa e com pedestres em seu leito, quando o motorista se lança na direção encontrando-se embriagado, dentre centenas de outras hipóteses.

Já na culpa *stricto* sensu há a vontade do ato, mas não do resultado, nem a previsibilidade deste (RIZZARDO, 2008, p. 594).

Assim, havendo a violação do dever de cuidado e o preenchimento de requisitos como: i) conduta humana voluntária; ii) ausência de previsão, que deveria e poderia ser previsto pelo agente - previsibilidade; iii) resultado; iv)nexo causal e; v) tipicidade, será possível afirmar que o agente agiu culposamente. Essa inobservância dos cuidados necessários deverá ser aferida de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, avaliando, na situação específica, qual era a postura que se esperava do agente para evitar a lesão à segurança no trânsito.

Na maioria dos casos, a espécie de culpa que se encontra nos delitos de trânsito é a culpa inconsciente. Nessa, o agente não previu o resultado, mas poderia e deveria ter previsto. A grande questão da tipificação dos crimes de trânsito recai sobre a culpa consciente. Essa, muito parecida com o dolo eventual, ocorre quando o agente previu o resultado, mas acreditava veemente na sua não ocorrência ou na possibilidade de evitá-lo. Um exemplo bem claro trazido por Damásio de Jesus (2009) é o caso do "motorista que vê que um transeunte vai atravessar a pista adiante de seu veículo e que poderá atropelá-lo. Exímio condutor, acredita que, se necessário, será capaz de manobrar habilmente o automóvel para evitar o choque. Prossegue seu trajeto e vem a matar a vítima".

Diante dessa dupla possibilidade de se aplicar um ou outro texto legal (Código de Trânsito Brasileiro ou Código Penal), necessário se faz tratar do conflito existente entre a norma prevista no CTB e a prevista no CP, no que tange às sanções impostas. Ambos os textos trazem a previsão do homicídio culposo, em que o sujeito é punido por sua conduta negligente, imprudente ou imperita, que resulta no dano ao bem jurídico mais precioso, a vida.

O mesmo fato se amolda a duas normas incriminadoras, isto é, há uma unidade de fato e uma pluralidade de normas identificando esse fato como criminoso. A partir desse conflito, alguma solução jurídica deverá ser encontrada e, no caso específico, o mais indicado é utilizar o princípio da especialidade. Por esse a norma especial afasta a aplicação da norma geral, restando válido salientar que a norma se diz especial quando contiver os elementos de outra (geral) e acrescentar pormenores.

O Código Penal prevê no seu artigo 47, inciso III, a hipótese de suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo, modalidade de pena que comina na interdição temporária de direitos, aplicável aos crimes culposos de trânsito, conforme artigo 57 do mesmo diploma legal. Mesmo com essa previsão, o Código

de Trânsito Brasileiro, como dito anteriormente, tipificou o homicídio culposo no trânsito em seu artigo 302, aumentando sua pena-base (pena de dois a quatro anos no CTB, enquanto o CP limita-se entre um e três anos) e cumulando-a com outras restritivas de direitos.

Maurício Antonio Ribeiro Lopes (1998) entende que há uma inconstitucionalidade na exacerbação da pena de detenção frente ao artigo 121, parágrafo 3º do Código Penal. Para ele “nada justifica que para a mesma figura penal a pena-base seja diversa. Tal ofende o princípio constitucional da isonomia e o conseqüente direito subjetivo do réu a um tratamento igualitário”.

Além das diferenças já trazidas entre os dois tipos, o perdão judicial e a suspensão do processo são outros dois institutos que podem ser aplicados ao homicídio culposo do Código Penal, ao passo que no homicídio culposo do Código de Trânsito Brasileiro (artigo 302) impossível se faz a aplicação.

O perdão judicial, causa extintiva da punibilidade prevista no artigo 107 do Código Penal, é o instituto pelo qual o juiz, mesmo reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, deixa de aplicar a pena devido à existência de circunstâncias especiais previstas em lei. Trata-se de um direito subjetivo do acusado, devendo ser aplicado somente em casos previstos em lei. Assim, devido à ausência de previsão legislativa expressa e a impossibilidade de aplicação analógica de normas penais não incriminadoras excepcionais, o referido instituto é inaplicável ao homicídio culposo no trânsito. Não obstante a inexistência de previsão legislativa, a maior parte da doutrina e da jurisprudência já aceita como legítima sua aplicação em homicídio de trânsito.

Assim, sedento por punir de forma mais rigorosa o motorista imprudente, o legislador acabou excedendo princípios elementares de Direito Penal, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade. Isso é claramente visto no caso do agente que provoca um homicídio culposo em decorrência de um disparo acidental de arma de fogo. Esse sujeito poderá ser beneficiado com o perdão judicial, dependendo das circunstâncias, e com a suspensão do processo, caso esteja de acordo com o disposto no artigo 89 da lei 9.099/95. No entanto, aquele que na direção de um veículo automotor provocou o mesmo resultado do exemplo supracitado, terá uma pena base maior (dois a quatro anos), cumulada com uma restritiva de direitos e, portanto, não será beneficiado com a suspensão do processo, nem com o perdão judicial, para muitos doutrinadores.

Um ponto extremamente pertinente e que merece certo destaque é a nova redação do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, instituída pela lei 12.971 de 9 de maio de 2014, cuja vigência iniciou no dia 01 de novembro de 2014 (a lei entra

em vigor no 1º dia do 6º mês após a sua publicação). O caput teve sua redação inalterada com o advento da nova lei. Já o parágrafo único, apesar de sua redação continuar intacta, passou a estar previsto no parágrafo primeiro do artigo 302.

A grande diferença trazida pela nova lei foi a inserção do parágrafo segundo, criando uma forma qualificada de homicídio no trânsito, nos termos a seguir:

Art. 302º

[...]

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

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

Nota-se que não houve alteração no lapso temporal, isto é, na quantidade da pena, e sim na modalidade da pena privativa de liberdade (de detenção passou a ser reclusão). Portanto, essa qualificadora, diferentemente das outras qualificadoras na seara penal, é qualitativa, e não quantitativa.

Inobstante o intuito do legislador tenha sido o de possibilitar aos juízes fixar regime inicial fechado de cumprimento de pena, na prática essa novidade não surte muito efeito, tendo em vista que a maioria dos magistrados geralmente fixa a pena nos crimes de trânsito no regime aberto. Além disso, o fato de a natureza da pena ser de reclusão, não impede que o juiz faça a substituição por pena restritiva de direitos, conforme artigo 44, inciso I do Código Penal (qualquer que seja a pena aplica, se o crime for culposos, caberá a devida substituição).

4.2.2. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CTB)

A Lei 12.760, de 20 de dezembro de 2012, fez algumas alterações no Código de Trânsito Brasileiro, dentre elas o artigo 306, no qual vem criminalizada a conduta de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Nesse dispositivo não há referência a dano potencial, bastando que o sujeito conduza o veículo automotor com capacidade psicomotora alterada para que o

delito esteja consumado. Desta feita, o crime do artigo 306 (embriaguez ao volante) é de perigo abstrato, ou seja, a lei é que presume que conduzir veículo nas condições referidas é ação perigosa. Assim, incidirá a norma penal caso a condução do veículo se dê nesse estado, mesmo que a ação apresente-se normal e, no caso concreto, não oferte perigo potencial.

Importante destacar na reforma ocorrida com a vigência imediata da Lei 12.760, a retirada do *caput* da concentração de 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue. Agora basta que o condutor esteja com a “capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência” para que a conduta esteja tipificada. Portanto, ao invés de um tipo penal engessado, que exigia prova numérica e quantitativa da concentração de álcool, hoje, de forma mais flexível, se admite um conceito mais amplo, tendo em vista que basta a “influência”.

Outro aspecto significativo da mudança diz respeito ao alargamento dos meios de prova para se comprovar a embriaguez ao volante. Atualmente não é mais necessária a realização do bafômetro ou exame de sangue para que haja prisão em flagrante do sujeito que pratica o crime do artigo 306 do CTB. Usando a prova testemunhal poderá a autoridade, no mínimo, conduzir o indivíduo até a Delegacia de Polícia para deliberação da Autoridade Policial.

Todavia, a grande questão será apurar quando o agente está com sua capacidade psicomotora alterada. Nesse interim, há duas possibilidades que devem ser colocadas: a) Resolução 432 de 23 de janeiro de 2013 do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN) que, em seu anexo, elenca várias diretivas para tal aferição; b) Parágrafo primeiro, inciso I do próprio artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe que a materialidade será constatada por “concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar”. Essa imposição numérica do inciso I do parágrafo primeiro do artigo 306 merece uma crítica, já que cada indivíduo reage de uma forma ao álcool e tem sua própria tolerância. Em outras palavras, um sujeito pode ficar embriagado com dois copos de cerveja, ao passo que outro, com essa mesma quantidade, pode não surtir nenhum efeito. Dessa forma, a quantidade pré-estabelecida não pode ser tomada como uma presunção absoluta de que o agente está com a capacidade psicomotora alterada e, conseqüentemente, praticou o crime.

Insta salientar que a nova previsão do parágrafo 2º do artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro (redação dada pela Lei 12.971 de 2014), já aduzida anteriormente e que expõe acerca da forma qualificada de homicídio culposo quando o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada, tornou certa a impossibilidade de incidência concomitante do artigo 306 –

embriaguez ao volante –, sob pena de haver punição duas vezes pelo mesmo fato e, assim, violar o princípio do *non bis in idem*.

Para entendimento de alguns juízes e Tribunais, caso venha a ocorrer algum homicídio culposo qualificado pelo agente, conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, deverá ser aplicado o concurso material ou formal de crimes. Contudo, tal posicionamento se mostra inadequado (estar-se-á punindo o mesmo fato duas vezes), devendo o delito de perigo do artigo 306 ser absorvido pelo delito de dano do artigo 302 (homicídio culposo).

Nessa seara, válidas são as lições de Guilherme de Souza Nucci:

Não há possibilidade de se considerar que o crime de perigo, existente para evitar a concretização do delito de dano, seja punido quando já se efetivou. Ilustrando, sob outro cenário: se o homicídio for cometido com emprego de arma de fogo e o agente não possuir porte ou registro da arma, será punido somente por homicídio. Não mais interessa a infração referente à arma de fogo, crime de perigo, pois atingido o delito de dano (NUCCI, 2013, p. 716).

Conclui-se, portanto, que adotando o princípio da consunção a norma que descreve violação mais grave deverá prevalecer, absorvendo aquela que criminaliza a violação mais branda.

4.2.3. RACHA E VELOCIDADE EXCESSIVA (ARTIGO 308 DO CTB)

O artigo 308 do Código de Trânsito Brasileiro, que descreve o crime de “racha” ou velocidade excessiva, também passou por modificações devido a Lei 12.971 de 9 de maio de 2014. Assim, conforme dito anteriormente, a partir do 6º (sexto) mês após a publicação dessa lei, isto é, no dia 01 de novembro de 2014, já estará vigente a nova redação.

No caput do dispositivo, a expressão “desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada” foi substituída por “gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada”. Por ser um crime de perigo, a expressão “situação de risco” se enquadra melhor no tipo penal e, para entendimento majoritário, o delito continua sendo um crime de perigo concreto, de forma que, para que se configure, é necessária a demonstração da potencialidade lesiva.

Outra mudança bastante significativa foi a majoração da pena máxima, que passou de 2 (dois) anos para 3 (três) anos. Com isso, o delito deixa de ser infração

penal de menor potencial ofensivo e, conseqüentemente, fica impedido de ser julgado pelo Juizado Especial Criminal, já que o teto ultrapassa o limite previsto pelo artigo 61 da Lei 9.099/95.

Ainda assim, previu o legislador duas modalidades qualificadas para o delito em comento, se encontrando nos respectivos parágrafos:

Art. 308º

[...]

§1º Se da prática do crime previsto no caput resultar lesão corporal de natureza grave, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

§2º Se da prática do crime previsto no caput resultar morte, e as circunstâncias demonstrarem que o agente não quis o resultado nem assumiu o risco de produzi-lo, a pena privativa de liberdade é de reclusão de 5 (cinco) a 10 (dez) anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo.

O que interessa ao presente trabalho é a conduta resultante em morte, como consta no parágrafo segundo supramencionado. Nessa perspectiva há uma imprecisão quanto a interpretação a ser feita comparativamente ao disposto na segunda parte do parágrafo segundo do artigo 302, ambos do Código de Trânsito Brasileiro.

Ambos os dispositivos preveem situações similares, ou seja, no artigo 308 o legislador agregou um resultado naturalístico ao crime de perigo, nivelando-o com o delito de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Assim, ambas as infrações penais preveem o mesmo resultado, qual seja, a morte de alguém.

Isso trouxe à tona uma relevante questão: caso um agente, durante um "racha", atropel e mate alguém, por qual crime deverá ser responsabilizado, partindo-se do pressuposto que agiu com culpa?

Nessa toada, o jurista Luiz Flávio Gomes, brilhantemente, expôs a problemática na seguinte lição:

O problema: aqui no art. 308 o resultado morte provocado culposamente aparece como qualificadora do delito de

participação em "racha". Já no art. 302 (homicídio culposo), é a participação em "racha" que o torna qualificado (mais grave). No delito de participação em "racha", é a morte que o qualifica. No delito de homicídio, é a participação no racha que o qualifica. Mas tudo isso é a mesma coisa! O mesmo fato foi descrito duas vezes. Na primeira situação (art. 302), a descrição legal foi de trás para frente (morte em virtude do "racha"); na segunda (art. 308), da frente para trás ("racha" e depois a morte). Para não haver nenhuma dúvida (talvez essa tenha sido a preocupação do emérito legislador), descreveu-se o mesmo fato duas vezes. Seria uma mera excrescência legis (o que já é bastante reprovável), se não fosse o seguinte detalhe: No art. 302 (homicídio culposo em razão de "racha") a pena é de reclusão de dois a quatro anos; no art. 308 ("racha com resultado morte decorrente de culpa") a pena é de cinco a dez anos de reclusão! Mesmo fato, com penas diferentes (juridicamente falando, sempre se aplica a norma mais favorável ao réu, ou seja, deve incidir a pena mais branda – in dubio pro libertate) (GOMES, 2014, "Nova lei de trânsito: barbearagem ou derrapagem do legislador", disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/118689473/nova-lei-de-transito-barbearagem-e-derrapagem-do-legislador>)

Ainda se tratando dessa divergência interpretativa, o professor Márcio André Lopes Cavalcante, tentou explicar tais complicações trazidas pela nova lei nas seguintes palavras:

- 1) Se o agente queria causar a morte (agiu com dolo direto quanto ao resultado): deverá responder pelo delito do art. 308, caput, do CTB em concurso formal com o art. 121 do CP. Exemplo: o condutor percebeu que seu inimigo estava assistindo ao "racha" na calçada e joga o veículo contra ele.
- 2) Se o agente assumiu o risco de causar a morte (agiu com dolo eventual quanto ao resultado): deverá responder pelo delito do art. 308, caput, do CTB em concurso formal com o art. 121 do CP. Exemplo: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mesmo assim resolve fazer a curva fechada, sem se importar caso alguém seja atingido. Em seu íntimo, tanto faz se alguém for atropelado.

3) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causar a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa CONSCIENTE): deverá responder pelo delito do art. 308, §2º do CTB (ou pelo art. 302, §2º, a depender da interpretação que seja dada pelos Tribunais). Exemplo: o condutor percebe que há muitos expectadores próximos à pista, mas mesmo assim resolve fazer a curva fechada, confiando sinceramente nas suas habilidade e que poderia concluir a manobra sem atingir ninguém.

4) Se o agente não queria nem assumiu o risco de causa a morte, mas apesar disso atuou de forma negligente, imprudente ou imperita (agiu com culpa INCONSCIENTE): deverá responder pelo delito do art. 302, §2º, CTB. Exemplo: é madrugada e o condutor que estava participando do “racha” não percebe que há um pedestre próximo à pista (apesar de isso ser previsível); ao fazer a curva, perde o controle do carro e acerta o transeunte, causando a sua morte (CAVALCANTE, 2014, “Comentários à Lei 12.971/2014, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro”, disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarios-lei-129712014-que-alterou-o.html>).

Apesar dos esclarecimentos oferecidos pelo eminente autor, a solução para Rogério Greco (2014) é a “revogação do §2º do art. 302 do CTB, punindo-se os condutores nos termos dos §§1º e 2º do art. 308 do mesmo diploma legal, casos seus comportamentos venham a eles se amoldar”.

Portanto, o desfecho dessa antinomia normativa ainda é incerto, devendo o aplicador do direito dar a melhor solução para o caso concreto.

5. POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS E A INFLUÊNCIA DA ÂNSIA SOCIAL PELA REPRESSÃO NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO

5.1. EXPOSIÇÃO DO PROBLEMA

5.1.1. A PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL/DOCTRINÁRIA ACERCA DA DIFERENCIAÇÃO ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NOS HOMICÍDIOS DE TRÂNSITO

Os capítulos anteriores discorreram exaustivamente acerca da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Ficou evidenciado que essa distinção é um assunto polêmico e bastante controverso no mundo jurídico, tendo em vista que

mesmo com a exposição da história, dos conceitos, das teorias de diferenciação e das consequências dos respectivos institutos, a conclusão é de que a doutrina e jurisprudência não conseguem chegar a um consenso sobre qual instituto aplicar a determinadas situações.

Foram apresentados também os principais delitos que estão relacionados de alguma forma ao homicídio no trânsito (embriaguez ao volante e “racha” ou velocidade excessiva), ressaltando-se a antinomia criada entres os tipos penais com a nova redação dada pela Lei 12.971 de 2014.

Existe grande divergência na doutrina e na jurisprudência quando se pretende transportar os conceitos teóricos do dolo eventual e da culpa consciente para a vida prática, principalmente quando se trata de crimes de trânsito. Como já dito anteriormente, nem mesmo os doutrinadores conseguem apresentar um critério penal claro para distinguir qual dessas modalidades de imputação aplicar.

Tomando por base as atuais decisões jurisprudenciais sobre o assunto, observa-se que grande parte dos juízes insiste em criar uma fórmula exata para a solução do problema, tendendo sempre em punir os responsáveis pelos acidentes de trânsito da maneira mais severa possível.

O judiciário estaria, nas palavras do professor André Luís Callegari:

Em primeiro plano aceitando até mesmo uma responsabilidade objetiva, tudo pela repercussão social que causou o delito cometido pelo agente, em segundo lugar, demonstrar-se-á o desconhecimento de elementos fundamentais da Teoria Geral do Crime pelos operadores do direito (CALLEGARI, 1995, p. 513).

Portanto, a partir de tudo que já foi exposto até aqui, sabe-se que os julgadores, no momento da análise da decisão de um caso de homicídio ocorrido no trânsito, deverão levar em conta o elemento subjetivo do agente, aferindo a existência ou não de assentimento com a produção do resultado.

5.1.2. O ELEVADO NÚMERO DE MORTES EM ACIDENTES DE TRÂNSITO

Todos os dias nos deparamos com notícias trágicas sobre acidentes automobilísticos, só fazendo aumentar o temor e a angústia provocados pelos altíssimos índices de acidentes ocorridos no trânsito.

De acordo com dados do Mapa da Violência de 2014, o número de mortos em acidentes de trânsito no país cresceu 38,3% no período de 2002 a 2012. Esse

dado tem como base o Sistema de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, e mostra que o número de mortes no trânsito vem crescendo gradativamente desde 2000.

Ainda assim, a seguradora Líder, administradora do seguro DPVAT (Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres), divulgou que só no primeiro semestre de 2014 (entre os meses de janeiro a junho) foram pagas 25.181 (vinte e cinco mil cento e oitenta e uma) indenizações por mortes no país, contabilizando uma média de 4.196 (quatro mil cento e noventa e seis) mortes por mês.

Diante de tais números alarmantes, a população clama por punições mais severas, desencadeando decisões desacertadas do judiciário que se rendem a essa pressão. Crimes notadamente culposos são enquadrados como dolosos, na modalidade dolo eventual, trazendo consequências de tamanha monta para os réus, que serão julgados por seus iguais, os mesmos que anseiam por uma maior reprovabilidade das condutas criminosas no trânsito.

O que se pretende com o presente trabalho é mostrar que a comoção social não pode ser um peso determinante na aplicação da lei pelos julgadores. O clamor da população não pode continuar exercendo tanta influência sobre o judiciário como vem exercendo, tendo em vista que os princípios penais e a segurança jurídica devem sempre ser respeitados. Além disso, como as instâncias máximas de poder consideram legítimo esse interesse social por maiores punições aos causadores de acidentes no trânsito, a medida mais adequada a ser tomada não é depreciar o bom funcionamento jurisdicional e sim promover uma alteração legislativa, mudando-se as sanções previstas para esses crimes.

Passemos agora à análise de alguns julgados recentes que versam sobre os delitos resultantes em homicídio no trânsito, enaltecendo suas distorções.

5.2. ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA

5.2.1. A GENERALIZAÇÃO USADA PARA SOLUCIONAR O PROBLEMA, CONCLUINDO PELA EXISTÊNCIA DO DOLO EVENTUAL

Verificando os julgados colacionados adiante, percebe-se que grande parte da jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de adotar o dolo eventual para homicídios no trânsito, sejam os causados por embriaguez sejam os resultantes de "racha".

Ante o clamor midiático e o recrudescimento da pressão social frente ao expressivo número de acidentes envolvendo veículos automotores, os tribunais têm

adotado uma perigosa fórmula matemática para resolver os casos concretos: “embriaguez + velocidade excessiva + direção de veículo automotor + morte = dolo eventual”.

Essa generalização na resolução das questões tem sofrido duras críticas por parte da doutrina, como observa Rogério Greco (2008) ao dizer que “não se pode partir do princípio de que todos aqueles que dirigem embriagados e com velocidade excessiva não se importam em causar a morte de outras pessoas”.

Diante de tudo que foi exposto até aqui, resta claro que para concluir se o crime foi praticado a título de dolo eventual ou culpa consciente, o julgador deve alhear-se das influências externas aos autos e examinar caso a caso, não aplicando fórmulas pré-determinadas. Somente as circunstâncias do caso concreto é que permitirão ao emérito julgador afirmar o elemento anímico do agente ao tempo da conduta delitiva, razão pela qual não se pode generalizar que, nos casos de embriaguez ao volante ou “racha” resultantes em morte, houve, necessariamente, dolo eventual.

Analisemos, portanto, as seguintes decisões:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO. EMBRIAGUEZ E ALTA VELOCIDADE. DOLO EVENTUAL.

A prova carreada aos autos é suficiente para embasar a pronúncia do réu. **A embriaguez do réu e os relatos de que estaria em alta velocidade e realizando manobras perigosas são suficientes para a manutenção da sentença de pronúncia.** A comprovação da materialidade e os indícios de autoria são bastantes para submeter o julgamento ao Tribunal do Júri. A presença ou não do animus necandi não deve ser decidida na fase de pronúncia, a não ser que cabalmente demonstrada a sua inocorrência. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO. DECISÃO DE PRONÚNCIA MANTIDA.

(TJ-RS, Recurso em Sentido Estrito: RSE 70059072967 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 21/08/2014, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/09/2014)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - DOLO EVENTUAL - ALEGAÇÃO DE

CULPA CONSCIENTE - RÉU QUE CONDUZ VEÍCULO SEM HABILITAÇÃO, EM ESTADO DE EMBRIAGUEZ E INVADE CONTRAMÃO DIRECIONAL - INDÍCIOS DA OCORRÊNCIA DE DOLO EVENTUAL - ASSUNÇÃO DO POSSÍVEL RESULTADO DANOSO - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - MANUTENÇÃO.

- **A soma das circunstâncias do caso concreto (condutor inabilitado e provável ingestão de bebida alcoólica) constitui forte indício da ocorrência de dolo eventual na conduta praticada**, devendo a totalidade da acusação e as teses defensivas serem examinadas pelo Conselho de Sentença.

(TJ-MG – Recurso em Sentido Estrito: 10322080052697001 MG, Relator: Delmival de Almeida Campos, Data de Julgamento: 04/09/2013, 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/09/2013)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. DOLO EVENTUAL. HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. TESTEMUNHA ARROLADA A DESTEMPO. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A TIPIFICAÇÃO CONTIDA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. MATERIALIDADE INCONTROVERSA E INDÍCIOS DE AUTORIA EXISTENTES. ELEMENTOS INDICIÁRIOS SUFICIENTES DE QUE O CONDUTOR DO VEÍCULO AUTOMOTOR TENHA ASSUMIDO O RISCO DE PRODUZIR O RESULTADO MORTE. VELOCIDADE EXCESSIVA EM VIA MOVIMENTADA E COMPROVADA EMBRIAGUEZ. SENTENÇA MANTIDA.

Não há dúvida: "[...] sendo os crimes de trânsito em regra culposos, impõe-se a indicação de elementos concretos dos autos que indiquem o oposto, demonstrando que o agente tenha assumido o risco do advento do dano, em flagrante indiferença ao bem jurídico tutelado" (STJ, HC n.º 58.826/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8.9.2009). Logo, no contexto, **empreendendo o condutor velocidade excessiva, em rodovia curvilínea, aliado à comprovada embriaguez, parece adequada, num primeiro momento, a acusação formulada pelo crime contra a vida, na modalidade dolosa (dolo eventual), ou seja, a mistura do**

álcool com a velocidade revela que o apelante assumiu o risco de produzir o resultado.

(TJ-SC – Recurso Criminal: RC 20130104607 SC 2013.010460-7 (Acórdão), Relator: Ricardo Roesler, Data de Julgamento: 29/07/2013, Segunda Câmara Criminal Julgado)

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

(STF – HC: 115352 DF, Relator: Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 16/04/2013, Segunda

Turma, Data de Publicação: DJe-080 DIVULG 29-04-2013
PUBLIC 30-04-2013)

Destarte, a jurisprudência pátria ao tratar dos homicídios de trânsito, tem usado critérios e elaborado fórmulas práticas para julgar os casos em comento. Decisões tipificando a conduta delituosa como dolo eventual são recorrentes quando há embriaguez do motorista; mais de uma vítima e; excesso de velocidade ou racha.

É certo que o clamor social influencia e pressiona o Judiciário a todo momento na tentativa de acabar com o sentimento de impunidade aos condutores infratores. Contudo, a visão dos leigos é atécnica e chega a influenciar decisões judiciais que beiram ao absurdo do ponto de vista jurídico, como nos casos em que se usa a figura do dolo eventual nas situações em que o veículo dirigido pelo agente colide frontalmente com o veículo da vítima, trazendo graves lesões também para o autor da ação.

Para ilustrar essa “anomalia” técnica, Rogério Greco traz um exemplo:

Determinado sujeito, durante a comemoração de suas boas de prata, bebe excessivamente e, com isso, se embriaga. Encerrada a festividade, o agente, juntamente com sua esposa e três filhos, resolve voltar rapidamente para sua residência, pois que queria assistir a uma partida de futebol que seria transmitida na televisão. Completamente embriagado, dirige em velocidade excessiva, a fim de chegar a tempo para assistir ao início do jogo. Em razão de seu estado de embriaguez, conjugado com a velocidade excessiva que imprimia ao seu veículo, colide o seu automóvel com outro, causando a morte de toda a família (GRECO, 2008, p. 209).

Nesse caso é fácil aferir que o agente jamais consentiu com o resultado, já que se assim o fizesse, aceitaria sua própria morte e a dos demais membros de sua família.

Atualmente, o dolo tem sofrido uma elasticidade tamanha a fim de que seja enquadrado em casos de homicídio no trânsito. Portanto, ante a generalização da figura do dolo, ela está sendo utilizada, como supracitado, até mesmo em casos em que o veículo dirigido pelo agente colide frontalmente com o veículo conduzido pela vítima, gerando uma consequência humanamente absurda, qual seja, o consentimento com a sua morte.

Nelson Hungria relatou um caso real ocorrido no Estado do Rio Grande do Sul que é de grande monta para a presente discussão:

Dentre alguns casos, a cujo respeito fomos chamados a opinar, pode ser citado o seguinte: três rapazes apostaram e empreenderam uma corrida de automóveis pela estrada que liga as cidades gaúchas de Rio Grande e Pelotas. A certa altura, um dos competidores não pôde evitar que o seu carro abalroasse violentamente com outro que vinha em sentido contrário, resultando a morte do casal que nele viajava, enquanto o automobilista era levado em estado gravíssimo, para um hospital, onde só várias semanas depois conseguiu recuperar-se. Denunciados os três rapazes, vieram a ser pronunciados como co-autores de homicídio doloso, pois teriam assumido ex ante o risco das mortes ocorridas. Evidente o excesso de rigor: se estes houvessem previamente anuído a tal evento, teriam, necessariamente, consentido de antemão na eventual eliminação de suas próprias vidas, o que é inadmissível. Admita-se que tivessem previsto a possibilidade do acidente, mas, evidentemente, confiariam em sua boa fortuna, afastando de todo a hipótese de que ocorresse efetivamente. De outro modo, estariam competindo, in mente, estupidamente, para o próprio suicídio (HUNGRIA, 1958 apud WUNDERLICH, "O dolo eventual nos homicídio de trânsito: uma tentativa frustrada", disponível em: <http://jus.com.br/artigos/1732/o-dolo-eventual-nos-homicidios-de-transito/4>).

Concluindo esse tópico, resta evidente que a solução criada e aplicada indistintamente pela jurisprudência tem falhas cruciais. Muito embora ela busque ceder à ânsia social por punições mais severas, falta-lhe técnica jurídico-penal.

5.2.2. ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA DEFINIÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

O julgamento do *Habeas Corpus* 107.801/SP, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a liderança do voto do Ministro Luiz Fux, no dia 6 de setembro de 2011, foi um marco para a problemática da distinção entre dolo eventual e culpa consciente nos homicídios de trânsito. Isso porque delineou um critério para se diferenciar, na prática, a aplicação dos respectivos institutos.

Abaixo será apresentada a ementa dessa importante decisão:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO

EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. *ACTIO LIBERA IN CAUSA*. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A Classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do *due process of law*, é reformável pela via do *habeas corpus*.

2. O homicídio na forma culposa na direção automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual.

3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo.

4. *In casu*, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcólicas no afã de produzir o resultado morte.

5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. §1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo. §2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato" (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243).

6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, rel. Min. Moreira Alves, DJ 17/8/1990.

7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés,

previu causa de aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.

(STF – HC 107.801/SP, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/09/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011)

No presente caso, os impetrantes alegaram que o homicídio na direção de veículo automotor causado por embriaguez se trata de crime culposo. Disseram ainda que o paciente não anuiu com o risco da ocorrência do resultado, tendo agido com imprudência na condução do veículo por estar alcoolizado, sendo o caso, portanto, de culpa consciente (acreditava na sua habilidade na direção e, por isso, jamais imaginou que o fato típico poderia ocorrer).

O Ministro Luiz Fux, em seu voto, enfatizou o problema da utilização banalizada do Tribunal do Júri. Disse ainda, em outra oportunidade, que o Tribunal do Júri é “sabidamente atécnico e, às vezes, até mesmo apaixonado, a depender do local...”.

No que se refere à embriaguez ao volante e o dolo eventual, o Ministro alegou que o único modo de utilização da teoria da *actio libero in causa* para conduzir ao reconhecimento do dolo é no caso da embriaguez preordenada, aquela em que o agente, com o fim precípua de cometer crime, embriaga-se para buscar coragem suficiente para a execução do ato ou ao menos consentir com a ocorrência do resultado previsto. Portanto, segundo o eminente julgador, nos homicídios de trânsito presumir-se-á que se trata de culpa consciente, já que o legislador previu tipo penal específico no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, devendo ser enquadrado como dolo somente quando houver embriaguez preordenada.

Há de se realçar e até mesmo elogiar a conduta do Ministro Luiz Fux, já que com esse julgado do STF, um vazio na jurisprudência pátria foi preenchido, contribuindo, concomitantemente, para o avanço da dogmática penal. O ilustre julgador teve a capacidade intelectual, o equilíbrio e a coragem (tomar uma decisão que vai contra o clamor social por uma repressão maior aos condutores infratores) para encarar uma divergência muito relevante para o direito penal, qual seja, a distinção prática entre dolo eventual e culpa consciente.

Abaixo estão colacionados outros julgados que buscaram se aperfeiçoar com a boa técnica, prezando pela aplicação da lei penal de acordo com a vontade nela intrínseca.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

Recorrente pronunciado como incurso nas penas do artigo 121, caput, e artigo 129, § 1º, inciso I, c/c artigo 61, inciso II, alínea h, na forma do artigo 70, todos do Código Penal e artigo 306 da Lei nº. 9.503/97, na forma do artigo 69 do Código Penal, para que seja submetido a julgamento perante o Egrégio Tribunal do Júri desta Comarca. Postula a Defesa, em suas razões recursais, a nulidade da sentença de pronúncia, ante a inexistência de suporte probatório suficiente a fundamentar a decisão. Materialidade robustamente comprovada. Índícios suficientes de autoria. Réu pronunciado por lesão corporal grave e homicídio praticado com dolo eventual, causado por acidente de trânsito. Controvérsia quanto ao elemento subjetivo em relação ao crime de homicídio doloso. Decisão de pronúncia que deve conter mero juízo de admissibilidade da acusação. Exame perfunctório das provas. Delitos de trânsito com tipos penais específicos e definidos em legislação própria. **Não restou suficientemente demonstrado a configuração do dolo eventual. O alegado excesso de velocidade bem como a embriaguez devem ser analisados em conjunto com as demais provas. Local do acidente desfeito e com sinalização deficiente. Não há laudo de perícia em local de homicídio. Não há notícia de que o recorrente estivesse participando de algum tipo de competição, popularmente denominada "racha". Evento ocorrido em Rodovia. Vítimas que trafegavam de bicicleta pelo acostamento. Enquadramento legal à conduta do recorrente de competência do juízo de primeiro grau. Matéria relativa à culpabilidade do agente. Distinção entre dolo eventual e culpa consciente a ser demonstrada na condução de veículo automotor.** Questão de direito. Complexidade que foge ao âmbito do Tribunal do Júri. A valoração do conjunto probatório compete ao juiz singular. **Voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo para despronunciar o réu e remeter o julgamento do feito ao Juízo singular da Comarca de origem.**

(TJ-RJ, RSE 00012976120108190010 RJ 0001297-61.2010.8.19.0010, Relator: DES. MARCIA PERRINI BODART, Data de Julgamento: 10/12/2013, Data de Publicação: 22/01/201)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DOLOSO. DESCLASSIFICAÇÃO.

Homicídio. Desclassificação. **A existência de indícios de embriaguez e velocidade excessiva não conduz ao entendimento de que o acusado assumiu o risco de causar a morte da vítima. Para que seja caracterizado o dolo eventual, é necessária a comprovação de que o condutor obtinha a previsão do acontecimento e indiferença quanto ao resultado. No caso de morte, esse resultado deve ser considerado e avaliado pelo acusado do fato. Deve haver demonstração de que ele se manteve indiferente com a possibilidade da morte da vítima.** Distingue-se o dolo eventual da culpa consciente, pois nesta firmemente crê que nada acontecerá. Como se trata de acusação de homicídio, no caso dos autos não ficou demonstrado que o recorrido previamente tenha assumido o risco de causar a morte do ofendido. A dogmática construída em torno do instituto do dolo eventual deve ser aplicada no caso dos autos. Doutrina. Precedente deste órgão fracionário. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PROVIDO.

(TJ-RS, Recurso em Sentido Estrito Nº 70053877783, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 07/11/2013, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: 10/12/2013)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO SIMPLES. DELITO COMETIDO NA CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA. PRONUNCIA. ART. 121, CP E ART. 306 E 309, CTB. DOLO EVENTUAL. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. DISTINÇÃO INTRINCADA ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE QUE EXIGE CONTROLE MAIS ACURADO NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA PRONÚNCIA NOS CRIMES CONTRA A VIDA EM QUE ENVOLVAM ACIDENTE DE TRÂNSITO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTO CONCRETO, DIVERSO DA EMBRIAGUEZ, QUE DEMONSTRE TER O RÉU ANUIDO, AO DIRIGIR EMBRIAGADO, COM O RESULTADO

MORTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO DOLOSO (ART. 121, CAPUT, DO CP) PARA O CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO COMETIDO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, DO CTN). RECURSO PROVIDO. - **Não havendo, na espécie, outro fator que aliado à embriaguez, a qual, por si só, configura quebra do dever de cuidado (art. 165, do CTB), que permitisse aferir que o réu agiu por motivo egoístico, que possibilitasse amparar um juízo de fundada suspeita de que o réu anuiu com o resultado, ou seja, de que o réu agiu com dolo eventual, é de rigor que se desclassifique o crime de homicídio doloso (art. 121, caput, do CP) para o crime de homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor (art. 302, do CTN).** - É de se frisar que aqui não se está a afastar a competência, constitucionalmente assegurada, do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida, o que se faz é, através da distinção do dolo eventual e da culpa consciente, com amparo em balizas mais concretas, consistente na necessidade de ficar evidenciado um "plus" que demonstre o agir egoístico, torpe, do motorista embriagado que possa evidenciar que o mesmo anuiu com o resultado morte, afastar a configuração do dolo eventual.

(TJ-PR, Recurso em Sentido Estrito 8387906 PR 838790-6 (Acórdão), Relator: Naor R. de Macedo Neto, Julgado em 09/02/2012).

HOMICÍDIO - CRIME DE TRÂNSITO - EMBRIAGUEZ - DOLO EVENTUAL - AFERIÇÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO - RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA. 1. Em delito de trânsito, ou se demonstra o dolo direto, ou se reduz em demasia a possibilidade do dolo eventual ante a perspectiva de que o próprio agente ativo da relação penal substantiva poderia ser, também, vítima fatal do evento a que deu causa. **2. A embriaguez não autoriza a presunção de dolo eventual, o que importaria em odiosa conclusão automática da existência de um elemento subjetivo do tipo, indemonstrado.** **3. Recurso provido para desclassificar o delito para homicídio culposo.** 4. Decisão por maioria.

(TJ-SE - RESENSES: 2010302076 SE, Relator: DES. EDSON ULISSES DE MELO, Data de Julgamento: 02/08/2010)

Diante do exposto, fica evidente que é indispensável que o operador do Direito analise o elemento subjetivo do tipo, antes de simplesmente presumir o dolo eventual. Em outras palavras, o correto é analisar todas as circunstâncias do caso para aferir o ânimo do agente, sendo a conclusão pelo dolo eventual algo excepcional nos homicídios de trânsito. Portanto, a alteração da estrutura típica do delito, muitas vezes feita pelos magistrados a fim de atender ao interesse da sociedade por uma punição mais severa, deve ser uma atitude descartada do cotidiano forense.

5.3. A FORÇA DA COMOÇÃO SOCIAL EXERCIDA SOBRE OS OPERADORES DO DIREITO

Essa etapa final do presente estudo mostra-se extremamente importante para se entender as distorções da aplicação da lei penal, analisando a influência que a sociedade tem sobre as decisões judiciais relacionadas aos homicídios no trânsito. Além disso, chegar-se-á a conclusão de que para tentar sanar a celeuma tratada em todo o trabalho, deve-se aplicar a técnica de interpretação do direito de acordo com o caso concreto, excluindo os agentes externos, como a repressão social e seus efeitos.

Diante da linha tênue que separa o dolo eventual da culpa consciente, os Tribunais têm proferido julgamentos distantes da técnica, desvirtuando a lei a fim de se evitar o sentimento de impunidade nos crimes em questão. Por isso, ora tem-se decidido pela existência de culpa, ora concluída pela modalidade de dolo eventual, em clara tentativa de atender à ânsia de “repressão” à violência no trânsito.

Atrelado a esse anseio popular, ou até mesmo sendo a fonte de instigação a esse desejo, está a mídia. A mídia de modo geral tem conferido grande atenção aos homicídios de trânsito, dando sempre maior destaque àqueles decorrentes da embriaguez ao volante e àqueles oriundos de competições, conhecidas como racha ou pega. Como consequência disso, tem-se incutido na mente dos cidadãos uma dita “impunidade”, o que tem gerado reações de caráter repressivo não apenas entre a população, mas também no seio do Judiciário.

Um exemplo singelo desse impressionismo midiático, que tem influenciado vários cidadãos, é uma entrevista feita pelo Dr. Drauzio Varella com a médica Julia Greve, a qual será reproduzida um breve trecho:

Drauzio – Como você acha que esse assunto deve ser tratado?

Julia Greve – O problema do álcool é sério e a solução não é simples. A repressão é importante, assim como o é a educação. A questão é como convencer um jovem de que ele não pode beber. Campanhas moralistas não surtem nenhum efeito. A mídia está repleta de mensagens do tipo: “Se beber, não dirija”. De certa forma, essa banalização do assunto faz com que as pessoas se mostrem anestesiadas e não se impressionem com o testemunho de alguém que sofreu um acidente grave depois de ter bebido. Os aspectos educativos são importantes, mas é preciso conscientizar a sociedade de que muita gente está morrendo por causa disso e que inverter essa situação é responsabilidade de todos.

Drauzio – **Nos países em que a legislação é rígida, o uso do bafômetro é encarado com naturalidade e não é raro encontrar pessoas que foram testadas várias vezes por ano nas ruas, na saída dos supermercados ou perto de bares e cinemas. Aqui, não conheço ninguém que tenha passado por essa experiência. Essa certeza de impunidade facilita o consumo de bebidas alcoólicas. É comum ver nas ruas, especialmente nas noites de sextas-feiras e nos finais de semana, gente bêbada dirigindo automóveis, fazendo acrobacias mirabolantes e pondo em risco a própria vida e a vida dos outros. Você não acha que deveria haver uma conscientização maior associada a uma fiscalização eficaz e permanente para reduzir o número de acidentes de trânsito?**

Julia Greve – Acho que as duas medidas devem ser tomadas conjuntamente. Num primeiro momento, como o problema é grave, a repressão tem de ser enérgica e é inevitável. Na legislação brasileira existe um empecilho importante. A Constituição Federal reza que o indivíduo não pode fornecer provas contra si próprio e ele está fazendo isso no instante em que embriagado sopra no bafômetro. Esse artifício jurídico precisa ser discutido. Até que ponto uma pessoa embriagada, que coloca em risco a vida dos outros, tem o direito de negar-se a fazer esse exame?

Nos países que levam o problema a sério, se a quantidade de álcool presente no ar alveolar superar os níveis permitidos por lei, o infrator é levado à delegacia onde pode ser submetido a

exames complementares, mas aquela primeira soprada é prova cabal e indiscutível de que ele estava embriagado e transgredindo a lei. No Brasil, como o sujeito pode negar-se a soprar o bafômetro, é levado à delegacia para colher sangue e tem de esperar o médico legista para uma avaliação. Com isso, já se passaram duas ou três horas, o nível de álcool no sangue baixou e não há punição possível. Pensando nisso, é que defendo a idéia da repressão. A sociedade precisa entender que essa história de dar um jeitinho de que se vangloriam tanto os brasileiros não resolve coisa alguma.

Por outro lado, o exemplo dos pais é fundamental para os filhos aprenderem que, sob nenhum pretexto, devem dirigir embriagados. Acidentes de trânsito não são privilégio do Brasil. Existem no mundo inteiro, mas aqui o número de mortes ligadas a indivíduos, que beberam mais do que deviam, é maior por causa da certeza da impunidade (Dráuzio Varella, "Acidentes de trânsito", disponível em: <http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/alcoolismo/acidentes-de-transito-2/>).

Aqueles que defendem o uso do dolo eventual nos homicídios de trânsito acham que esse é o instrumento capaz de moralizar o trânsito no país, mesmo que para isso se tenha que deixar de lado os fundamentos da Teoria Geral do Delito. O argumento usado para essa tese é o de que aquele que dirige embriagado, ou em velocidade acima da permitida, ou praticando o chamado "racha" ou "pega", estará assumindo o risco de matar.

Se mostrando uma justificativa bastante simplista, esse embasamento não merece ser acolhido na vida prática, uma vez que o conceito de dolo eventual, quando entendido, se faz de forma destorcida. O que se tem visto, na prática judicial, é que em razão desses clamores, crimes claramente culposos e sujeitos à legislação específica, se convertem em dolosos, por meio da figura do dolo eventual.

Portanto, essa corrente jurídica repressivista que utiliza o direito penal como solução para todas as adversidades sociais, exacerbada pela mídia sensacionalista, traz para a sociedade uma ilusória pacificação do trânsito brasileiro. Por isso, deve ser deixada de lado em face da aplicação de um verdadeiro conhecimento jurídico-penal. O alarde público do processo já seria, ao mesmo tempo, uma medida punitiva ao agente e uma advertência à sociedade.

Para evitar esse perigoso método repressivo, deve-se utilizar as garantias fundamentais como instrumentos capazes de restringir a violência do poder punitivo do Estado. Assim, com base no princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, a punição deve se pautar na conduta praticada pelo réu, podendo ser culposa ou dolosa, desde que analisadas as circunstâncias do caso e preservados os pressupostos dogmáticos do direito penal.

6. CONCLUSÕES

Depois de conhecer afincamente os institutos do dolo eventual e da culpa consciente, sobretudo no que concerne às suas aplicações aos crimes de trânsito de embriaguez ao volante e de racha automobilístico, coerente se faz tecer algumas conclusões a respeito da zona tênue de diferenciação entre ambos na vida prática, respeitando, sempre, o prolongamento da discussão do tema.

No caminhar do presente estudo, constatou-se que o dolo eventual se aproxima muito da culpa consciente, o que faz gerar uma imprecisão sobre qual instituto aplicar nos casos concretos que envolvam homicídios de trânsito. Contudo, teorias da diferenciação foram apresentadas, restando claro que, para se imputar a modalidade dolosa é indispensável reconhecer além da previsão do resultado ilícito, a anuência ao advento desse resultado.

A teoria do consentimento, desenvolvida por Mezger, é a mais aceita na legislação brasileira, mais especificamente no artigo 18, inciso I do Código Penal Brasileiro. Ademais, outros autores da teoria finalista da ação, cujo pensamento é o de que o agente deve ser responsabilizado por sua intenção de agir, embasam a ideia de que os juízes devem buscar no caso concreto elementos capazes de caracterizar o dolo eventual e, não os achando, concluir pela existência de culpa.

O grande problema das atuais decisões jurisprudenciais sobre o assunto é que se tem criado uma fórmula exata para a solução do problema de diferenciação entre os institutos ora mencionados, sendo que os magistrados estão tendendo sempre em punir os responsáveis pelos acidentes de trânsito da maneira mais severa possível. Assim a banalização do dolo põe de lado a análise do elemento subjetivo do agente, presumindo-se, sempre, a ocorrência do dolo eventual.

As circunstâncias próprias de cada caso devem ser analisadas, a fim de se aferir o ânimo do agente, não podendo ser ignoradas em detrimento do simples fato de o motorista estar embriagado ou em velocidade excessiva e, muito menos do clamor social por punições mais severas. Destarte, a situação fática é que mostrará se o agente, prevendo o resultado danoso, o aceita e assume o risco de produzi-lo, uma vez que esse é indiferente para o agente.

Diante de tudo que foi exposto até aqui, o presente trabalho defende a ideia de que a dúvida na aplicação entre dolo eventual ou culpa consciente nos homicídios de trânsito resultantes da embriaguez ao volante ou do racha automobilístico deve ser sanada após uma análise aguda de todas as circunstâncias do fato. Ou seja, não se pode aplicar uma regra posta indistintamente sem que os elementos circundantes do caso sejam analisados.

A sociedade, estimulada pela mídia, anseia por maior repressão aos condutores infratores causadores de acidentes no trânsito. Conseqüentemente, esse clamor social influencia os julgadores e, assim, sobrepõem o ideal emocional ao racional, ou seja, deixam de aplicar o direito penal de forma técnica em vista da vontade popular por combate a impunidade.

No capítulo IV, foram elencados diversos julgados nos quais se pôde constatar essa ideia dos aplicadores do direito em punir de forma mais severa aqueles que causam homicídios no trânsito. O dolo eventual era aplicado de maneira indistinta, pautando-se apenas em elementos objetivos como a embriaguez ou o excesso de velocidade. Com isso, as conseqüências para o réu eram mais graves e a sociedade se via mais "satisfeita" com as decisões judiciais. Contudo, há de se ressaltar que tais provimentos se distanciavam da doutrina finalista da ação, não correspondendo, portanto, com a técnica correta a ser aplicada.

O julgamento do *Habeas Corpus* 107.801/SP pelo STF, em setembro de 2011, clareou, de certa forma, a questão controvertida. A culpa passou a ser vista e aplicada como regra nos homicídios de trânsito, sendo o dolo eventual uma tipificação excepcional e ocorrendo somente quando as circunstâncias fáticas o alegar.

Vale ressaltar ainda que, se tratando de homicídios no trânsito, a Lei 12.971 de 2014 trouxe algumas importantes alterações. Com a intenção de impor um maior rigor ao homicídio no trânsito, o legislador falhou e não conseguiu superar antigas lacunas e divergências, como demonstrado no presente trabalho.

Enfim, o que se deve ter como certo quando se trata de qual imputação dar aos delitos de trânsito resultantes em homicídios é que a técnica jurídica-penal não pode ser ofuscada pela ânsia social por repressão à violência no trânsito. Independente de se considerar culposa ou dolosa uma conduta, as circunstâncias de cada caso devem ser sempre analisadas, pois só assim se chegará ao real ideário de justiça.

7. REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte geral 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: habeas corpus: 107.801/SP. Rel. Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 06 set 2011. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621651/habeas-corpus-hc-107801-sp-stf>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: habeas corpus: 115352/DF. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 abril 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23110860/habeas-corpus-hc-115352-df-stf>. Acesso em: 11 de outubro 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais: Rec em sentido estrito: 10322080052697001 MG. Rel Delmival de Almeida Campos. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116751428/rec-em-sentido-estrito-10322080052697001-mg>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. RC nº 20130104607 SC 2013.010460-7 (Acórdão). Rel. Ricardo Roesler. Disponível em: <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23893843/recurso-criminal-rc-20130104607-sc-2013010460-7-acordao-tjsc>. Acesso em 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. RECSENSES 2010302076 SE. Rel. Edson Ulisses de Melo. Disponível em: <http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18105692/recurso-em-sentido-estrito-recsenses-2010302076-se>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Rec em sentido estrito: 8387906 PR 838790-6 (Acórdão). Rel. Naor R. de Macedo Neto. Disponível em: <http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21414360/8387906-pr-838790-6-acordao-tjpr>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. RSE 00012976120108190010 RJ 0001297-61.2010.8.19.0010. Rel. Des. Marcia Perrini Bodart. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139275508/recurso-em-sentido-estrito-rse-12976120108190010-rj-0001297-6120108190010>. Acesso em: 11 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RSE 70053877783 RS. Rel. Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113602693/recurso-em-sentido-estrito-rse-70053877783-rs>. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. RSE 70059072967 RS. Rel. Jayme Weingartner Neto. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113602693/recurso-em-sentido-estrito-rse-70059072967-rs>.

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/139526578/recurso-em-sentido-estrito-rse-70059072967-rs. Acesso em: 12 de outubro de 2014.

CALLEGARI, André Luís. Dolo Eventual, culpa consciente e delitos de trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v. 84.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 12.971/2014, que alterou o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2014/05/comentarios-lei-129712014-que-alterou-o.html>. Acesso em: 08 de outubro de 2014.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal - Parte Geral. 3ª. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

DRÁUZIO VARELLA. Acidentes de trânsito. Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/dependencia-quimica/alcoolismo/acidentes-de-transito-2/>. Acesso em: 13 de outubro de 2014.

GOMES, Luís Flávio. Nova lei de trânsito: barbeiragem e derrapagem do legislador (?). Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/118689473/nova-lei-de-transito-barbeiragem-e-derrapagem-do-legislador>. Acesso em: 08 de outubro de 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. Os absurdos da lei 12.971, de 9 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2568>. Acesso em: 08 de outubro de 2014.

JESUS, Damásio Evangelista de. Crimes de Trânsito. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Direito penal: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Crimes de Trânsito. São Paulo: RT, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal. Parte geral. Arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, v. 2.

PORTAL DO TRÂNSITO. Mapa da violência 2014. Disponível em: <http://portaldotransito.com.br/noticias/estatisticas/mapa-da-violencia-2014>. Acesso em: 09 de outubro de 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Juliano Viali dos. Trânsito em condições seguras: paradigmas e acepções do artigo 1º do Código de Trânsito Brasileiro. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 2. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2002.

UOL. Trânsito brasileiro já matou mais de 25 mil em 2014, aponta DPVAT. Disponível em: <http://carros.uol.com.br/noticias/redacao/2014/08/25/transito-brasileiro-ja-matou-mais-de-25-mil-em-2014-aponta-dpvat.htm>. Acesso em: 09 de outubro de 2014.

WUNDERLICH, Alexandre. O dolo eventual nos homicídios de trânsito: uma tentativa frustrada. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 43, 1 jul. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1732>>. Acesso em: 10 out. 2014.

DIREITO ADMINISTRATIVO DE EMERGÊNCIA E COVID-19: A RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA PÚBLICO EM TEMPOS DE PANDEMIA

LUCAS LEONARDO MARQUES DO COUTO:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida – Associação Caruaruense de Ensino Superior.

ROBERTA CRUZ DA SILVA

(orientadora)⁷

Resumo: O presente artigo apresentou como objeto de análise a responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia causada pela Covid-19. Para tanto, a presente pesquisa desenvolveu-se de modo teórico. A primeira seção tratou da definição de parecerista e parecer jurídico analisando precedentes do STF a respeito do tema e sobre uma possível superação (*overruling*) de seus motivos determinantes com a eminente entrada em vigor da “Nova Lei de Licitações”ⁱ. Na seção seguinte, tratamos do regime complexo o qual se submete o advogado público e a definição dos elementos “dolo” e “erro grosseiro”. Na terceira seção, tratamos sobre o “Direito Administrativo de Emergência” advindo da pandemia da Covid-19 e seus impactos na responsabilidade do parecerista público. Em sede conclusiva, chegamos a três parâmetros especiais que devem ser considerados na análise da responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia (Covid-19): a) a análise deve se ater exclusivamente às questões de direito, ainda que exista controvérsia na comunidade científica quanto a medida de combate à enfermidade; b) o atendimento de orientações internas fixadas pelo próprio órgão e c) o pragmatismo jurídico e o princípio do contextualismo a ser levado como critério de ponderação na análise da responsabilidade.

Palavras-chave: Covid-19. Direito Administrativo de Emergência. Responsabilidade do parecerista público

Resumen: Este artículo presentó como objeto de análisis la responsabilidad del abogado del estado por su opinión legal en tiempos de pandemia provocada por Covid-19. Para ello, la presente investigación se desarrolló de forma teórica. El primer tema abordó la definición de abogado del estado y dictamen jurídico, analizando los antecedentes del Supremo Tribunal Federal sobre el tema y sobre una posible

⁷ Doutoranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada.

anulación de sus determinantes con la entrada en vigencia de la Nueva Ley de Licitaciones. A continuación, nos ocupamos del complejo régimen al que está sometido el abogado público y la definición de los elementos "intención" y "error flagrante". En el tercer tema abordamos lo "Derecho Administrativo de Emergencia" que surgió de la pandemia Covid-19 y sus impactos en la responsabilidad del abogado del estado por su opinión legal. En conclusión, llegamos a tres parámetros especiales que deben ser considerados en el análisis de la responsabilidad del abogado del estado por su opinión legal en tiempos de pandemia (Covid-19): a) el análisis debe enfocarse exclusivamente en cuestiones de derecho, aunque existe controversia en la comunidad científica sobre la medida para combatir la enfermedad; b) el cumplimiento de los lineamientos internos marcados por el propio organismo y c) el pragmatismo jurídico y el principio de contextualismo deben tomarse como criterio de ponderación en el análisis de la responsabilidad.

Palabras clave: Covid-19. Derecho Administrativo de Emergencia. Responsabilidad del abogado del estado por su opinión legal.

Sumário: Introdução. 1 A definição de parecerista público à luz da Constituição Federal de 1988. 1.1 Parecer jurídico: conceito, natureza jurídica, espécies e impactos da "Nova Lei de Licitações" na matéria. 2 Regime jurídico complexo do advogado público e art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 2.1 Proposições jurídicas quanto à interpretação de "erro grosseiro". 3. Direito Administrativo de Emergência e a responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia (Covid-19). Conclusão. Referências.

Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu o estado de pandemia provocada pelo novo coronavírus (WHO, 2020), desafiando o Estado a lidar com segurança e cautela no tratamento das relações jurídicas preexistentes e das que serão formadas durante o período de excepcionalidade.

As atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pela advocacia pública são essenciais no contexto de crise, tendo em conta sua indispensabilidade ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

As tomadas de decisões em caráter de urgência exigem uma advocacia pública com robustez institucional e segurança para analisá-las segundo os parâmetros de legalidade e evitar eventuais práticas criminosas e de improbidade administrativa, a serem praticadas pelos ordenadores de despesa de má-fé.

Nesse contexto, merece reflexão acadêmica o estado de indefinição na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União sobre a responsabilidade do advogado público na emissão dos pareceres jurídicos quando analisadas em um contexto de excepcionalidade como o causado pela Covid-19.

O problema de pesquisa trazido pelo presente trabalho diz respeito a definição de critérios objetivos para se analisar a responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia. Não incorremos em exposições que discutam as medidas estatais de restrição de liberdade (requisição administrativa, *lockdown* etc.). Ater-nos-emos exclusivamente às delimitações da responsabilidade do parecerista em tempos de normalidade para finalmente se chegar em sua análise sob o contexto de pandemia causada pela Covid-19.

Registre-se, agora em sede de justificativa do tema, fazer menção a experiência como estagiário da 2ª Promotoria de Justiça de Defesa de Cidadania de Caruaru, Pernambuco, que detém atribuições na Curadoria do Patrimônio Público e Probidade Administrativa, o qual nos permitiu refletir de um ponto de vista axiológico as delimitações da responsabilidade do parecerista, devendo essa ser ponderada com cautela no contexto de excepcionalidade causado pela Covid-19.

O objetivo geral do presente trabalho foi discorrer sobre a responsabilidade do parecerista em tempos de pandemia. Os objetivos específicos foram delinear critérios objetivos para afastar a imprecisão jurisprudencial da análise da configuração da responsabilidade do parecerista em tempos de normalidade, notadamente pela interpretação do conceito jurídico indeterminado “erro grosseiro” e identificar meios de analisar, com segurança jurídica, a responsabilidade do parecerista no contexto de pandemia gerado pela Covid-19.

Para tanto, a presente pesquisa desenvolveu-se de modo teórico, dedicando-se ao estudo, análise e comparação entre as teorias doutrinárias, precedentes do Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Contas da União, bem como legislação envolvendo a interpretação de normas de Direito Público e a legislação e atos normativos envolvendo a Covid-19. As fontes de pesquisa utilizadas foram a documental e a bibliográfica. O tipo de abordagem utilizado foi de pesquisa qualitativa, reunindo fundamentos constitucionais, doutrinários e jurisprudenciais para se chegar aos resultados.

Assim, o trabalho desenvolveu-se da seguinte forma: inicialmente, na primeira seção, definimos a noção de parecerista e parecer jurídico. Investigamos o conceito, natureza jurídica e classificações dos pareceres jurídicos, apresentando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Defendemos a superação

da discussão quanto à existência de pareceres vinculantes no Brasil a partir da entrada em vigor da “Nova Lei de Licitações”ⁱⁱ.

Na segunda seção, abordamos a existência de um regime jurídico complexo ao qual se submete o advogado público e a consagração dessa posição com o novo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018. Tratamos sobre o conceito de dolo e erro grosseiro, nos aprofundando sobre as divergências internas na interpretação do que é “erro grosseiro” à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Buscando tratar a matéria com uma abordagem inovadora, buscamos fazer proposições jurídicas quanto à interpretação de erro grosseiro. Após fixar as premissas e pontos de partida quanto a responsabilidade do parecerista em tempos de normalidade, adentramos na responsabilidade do parecerista público em tempos de Covid-19.

Na terceira seção, contextualizamos os impactos do Covid-19 na ordem jurídica vigente, desenvolvendo um “Direito Administrativo de Emergência” que exige do parecerista público, soluções inovadoras e proativas na tomada de decisões da administração pública durante esse período de excepcionalidade. Ao mesmo tempo, como dito em linhas translatas, o advogado público precisa exercer suas atividades com segurança e conforto, de modo que desenvolvemos três parâmetros especiais a serem avaliados na análise da configuração dos pressupostos da responsabilidade do advogado público no exercício de sua atividade consultiva em tempos de Covid-19.

Em sede conclusiva, defendemos a importância institucional da advocacia pública como função essencial à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, definimos nossa interpretação da jurisprudência do STF e TCU à luz da ordem jurídica vigente (2020) e os contornos jurídicos de erro grosseiro e propomos três parâmetros objetivos para a análise da configuração da responsabilidade civil no contexto de pandemia causada pela Covid-19.

1. A definição de parecerista público à luz da Constituição Federal de 1988

Por vocação constitucional, a Advocacia Pública recebeu seção específica dentro do capítulo das funções essenciais à Justiça, cabendo a seus membros, a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas previstas no Texto Maior: União, Estados e Distrito Federal. Em virtude do princípio federativo, os Municípios, que detém capacidade de autoadministração, poderão instituir em suas esferas a carreira da advocacia pública para servidores de carreiras, facultando-lhe também a contratação de advogados privados para que desempenhem suas funções.

À vista da ordem constitucional vigente, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende como adoção dos seguintes princípios constitucionais informativos da Advocacia de Estado: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso. (MOREIRA NETO, 2018).ⁱⁱⁱ

A abrangência das atribuições constitucionais da advocacia pública é ampla e inclui em quase sua completude toda a organização da Administração Pública no Brasil, nas linhas tracejadas pelo Decreto-lei 200/1967, de modo a excluir apenas as sociedades de economia mista e as empresas públicas, por não ostentarem a natureza pública. Confirmando esse entendimento, em 2019, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 5262, firmou orientação no sentido de que o art. 132 da Constituição Federal estabeleceu a unicidade de representação judicial e de consultoria jurídica para administração pública direta centralizada e também para a administração direta descentralizada (ou indireta), que abrange as autarquias e fundações públicas.

Assim, ao estruturar a Advocacia Pública e conferir-lhe a unidade de representação judicial e consultoria jurídica para a administração pública direta e direta e descentralizada, no âmbito federal e estadual, a ordem constitucional vigente apresentou significativa mudança em relação ao regime anterior, onde o Ministério Público desenvolvia as referidas atividades.

Em relação a primeira atribuição constitucional da advocacia pública – a representação judicial dos respectivos entes federados, convém pontuarmos que o advogado público que atua perante o Poder Judiciário está *presenteando* a Fazenda Pública, em virtude da teoria do órgão. Sobre o tema, saudosas são as lições de Leonardo Carneiro Cunha, fazendo referência ao clássico Pontes de Miranda (grifos do autor):

Na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem um órgão da Fazenda Pública. Então, o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública *presente* em juízo. Em outras palavras, a Fazenda Pública se faz *presente* em juízo por seus procuradores. Segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos *presentam* a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à *representação*. (CUNHA, 2019, p. 06)

Sob outro prisma, interessa-nos, para o presente trabalho, tratar da segunda atividade atribuída constitucionalmente aos advogados públicos: a consultoria

jurídica pública. A esse respeito, sobreleva registrar o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Por caber constitucionalmente aos Advogados de Estado a função constitucional de consultoria jurídica pública, os atos de natureza opinativa por eles praticados – denominados Pareceres jurídicos – constituem, em consequência, um tipo constitucional de atos próprios e deles exclusivos. (MOREIRA NETO, 2008, p. 105).

Com efeito, quando o advogado público, na condição de consultor da respectiva unidade federada, emite opiniões técnico-jurídicas, que podem ou não ser consideradas para tomada de decisões dos consultores, o faz mediante a elaboração de um parecer jurídico – tipo constitucional de ato próprio, como destacado alhures.

Implica-se dizer então, que o advogado público que emite opiniões técnico-jurídicas, no exercício de consultoria de uma unidade federada, coincide com a noção de parecerista público.

Assim, parecerista público é o advogado público que emite opiniões técnico-jurídicas, no exercício de consultoria da União (no caso da Advocacia-Geral da União), dos Estados e Distrito Federal (no caso dos Procuradores do Estado e do Distrito Federal) ou dos Municípios (no caso dos Procuradores Municipais ou advogados privados, que entendemos ser agentes públicos por equiparação^{iv}).

Superada a definição da expressão parecerista público e seu tratamento constitucional, antes de adentrar propriamente no mérito de sua responsabilidade civil, convém pontuarmos algumas considerações sobre o conceito, natureza jurídica e espécies de parecer.

1.1 Parecer jurídico: conceito, natureza jurídica, espécies e impactos da “Nova Lei de Licitações” na matéria

Conforme já narrado em linhas translatas, o parecer é uma peça onde se emite uma opinião técnica, que a princípio, não apresenta manifestação de vontade. Dentro dessa compreensão, cabe-nos investigar o conceito e natureza jurídica de parecer jurídico sob a ótica do regime jurídico-administrativo.

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 311) conceitua o instituto como “o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”. Assim, a autora, em obra recente, classifica os pareceres como atos de opinião, o que a princípio,

desclassificaria o parecer como ato administrativo, já que dele não se produziria nenhum efeito jurídico (DI PIETRO, 2018).

No mesmo sentido acima transcrito, Hely Lopes Meirelles leciona que:

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva. (MEIRELLES, 2013, p. 204)

De tal entendimento não diverge a orientação ministrada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.073-3/DF, com julgamento ocorrido em 06 de novembro de 2002.^v

No caso em concreto (STF, MS 24.073/DF), discutia-se a possibilidade do Tribunal de Contas da União responsabilizar, solidariamente com o administrador, o advogado que, chamado a opinar, emitiu parecer técnico-jurídico sobre a questão a ser decidida, no caso, a contratação direta pela estatal (Petrobras), de determinada empresa de consultoria internacional.

Nos termos do voto do relator Ministro Carlos Velloso, o parecer “nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão”.

A conclusão que se chegou a Suprema Corte, no julgamento do MS 24.073/DF, era que, tendo em conta a natureza opinativa do parecer, o parecerista só poderia ser responsabilizado no caso de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo.

Impõe-se acentuar, contudo, que o Pretório Excelso, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF, julgado em 09 de agosto de 2007, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, revisou sua orientação e passou a admitir a possibilidade de responsabilização do parecerista pela emissão de pareceres vinculantes^{vi}.

No caso sob luzes (MS 24.631-6/DF), foi impetrado o *mandamus* em face de ato do Tribunal de Contas da União, que elencou procuradores autárquicos entre os responsáveis em processo administrativo daquele órgão. Sustentaram os impetrantes, violação de dispositivos da Lei nº 8.443, de 1992, por extrapolação das atribuições do TCU, bem como a violação de dispositivos constitucionais e legais

pertinentes ao exercício das atividades de advocacia, especialmente no tocante à advocacia pública.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto (MS 24.631/DF), reconheceu que, sem embargo do entendimento manifestado pelo STF anteriormente (MS 24.073/DF), a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer.

De tal arte, com base na doutrina francesa de René Chapus, classificou a natureza do parecer em **(i)** facultativa, **(ii)** obrigatória ou **(iii)** vinculante. Vejamos:

Assim, poder-se-ia dizer que:

(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;

(ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;

(iii) mas quando a lei estabelece a obrigação de 'decidir à luz de parecer vinculante' (*décidir sur avis conforme*), o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir." (STF. MS 24.631-6/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 09/08/2007, publicado DJe em 01/02/2008.)

O Min. Joaquim Barbosa vai além, buscando, em nosso entender, uma nítida *superação* do precedente invocado, ao relativizar o caráter opinativo do parecer, de modo que, na estreita da classificação de Chapus. Sustentamos o alegado quando interpretamos trecho do voto do eminente Ministro ao dispor que se tratando de parecer de caráter vinculante, há efetiva partilha do poder decisório, de modo a existir maculação, por vício de competência, do ato administrativo expedido sem a observância do chamado '*avis conforme*' nos casos em que a lei exige.

Sem embargo da *ratio decidendi* invocada, o voto do Min. Joaquim Barbosa foi pela concessão do *writ* (STF, MS 24.631/DF). Entendeu que o entendimento demonstrado nas informações do TCU, uma concepção de "*causalidade perversa, com a responsabilização de todos aqueles que 'potencialmente' tenham dado ensejo à irregularidade verificada na auditoria*". De tal arte, entendeu que o TCU não

conseguiu demonstrar a culpa ou seus indícios, e sustentou que não se afastou do entendimento manifestado no MS 24.073.

O que se deve aquilatar, contudo, que o que mais chamou a atenção da doutrina, quando do julgamento do MS 24.631/DF, foi acerca da classificação doutrinária de Rene Chapus.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal também julgou o Mandado de Segurança nº 24.584/DF no dia 09/08/2007, de relatoria do Min. Marco Aurélio. Entendeu-se, na ocasião, que a manifestação técnica solicitada na forma do art. 38, VI e parágrafo único da Lei nº 8.666/1993 possui natureza jurídica de parecer vinculante. Veja-se, a literalidade do dispositivo:

Art. 38. [...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Analisando as decisões acima elencadas, Gustavo Binenbojm e André Cyrino sintetizam a matéria da seguinte forma:

Em suma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal permite a responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante. Neste último caso, a responsabilidade haverá porque, segundo a Corte, o parecerista seria uma espécie de corresponsável (o que foi destacado pelo Min. Joaquim Barbosa). (BINENBOJM e CYRINO, 2018, p. 211).

Avoluma-se, contudo, orientação doutrinária que prefere identificar a análise jurídica prevista no parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/1993 como parecer obrigatório, de modo a defender a inexistência de pareceres vinculantes no Brasil.

A respeito do tema, José Vicente Santos de Mendonça sustenta que:

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade sempre poderá

refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. (MENDONÇA, 2009, p. 171)

No mesmo sentido, Maurício Mota (2015), entende o parecer vinculante é instituto típico do direito francês, sem correspondência no direito brasileiro, de modo que a lei francesa estabelece a obrigatoriedade de decidir à luz de parecer vinculante (*décider sur avis conforme*).

Sob outro prisma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fabrício Motta, em texto em conjunto, divergem do entendimento acima exposto, pontuando a existência de pareceres vinculantes no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993 (destaques no original).

A análise jurídica, para além de obrigatória, é vinculante: as minutas devem ser analisadas e *aprovadas*. A participação do órgão jurídico não é apenas função de consultoria, já que tem que *examinar e aprovar* as minutas de edital e de contrato. Tais manifestações, quando acolhidas pela autoridade competente para decidir, constituem a própria *motivação* ou fundamentação do ato. A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de *controle de legalidade* e não de *mérito*; trata-se de hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante. (DI PIETRO e MOTTA, 2015, p. 289).

Os autores supracitados também pontuam que a regra contida no dispositivo legal mencionado “não foi muito feliz ao usar a expressão ‘*aprovar*’ as minutas de editais e contratos, o que dá a impressão de que a aprovação, no caso, teria a natureza jurídica de ato administrativo produtor de efeitos jurídicos, vinculante para a Administração, e não mera opinião jurídica.” (DI PIETRO e MOTTA, 2015, p. 289).

Entendemos, *data venia*, que as discussões no tocante a existência de pareceres vinculantes no Brasil, deixarão de existir com a entrada em vigor da futura Lei de Licitações, oriunda do Projeto de Lei nº 4253, de 2020, na eventualidade dos dispositivos que regem o assunto não serem vetados.

Com efeito, o §2º do art. 52 do Projeto de Lei nº 4253, de 2020, estabelece, com grifos nossos, *in verbis*:

Art. 52 [...]

§ 2º **O parecer jurídico** que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, **poderá ser motivadamente**

rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.

À evidência, a *mens legis* aponta que a natureza jurídica do parecer jurídico da futura Lei de Licitações é obrigatório (pois exigido por lei) e não vinculante (pois o administrador não está obrigado a decidir nos termos do parecer).

Aliás, de *lege lata*, o §5º do art. 52 do Projeto de Lei nº 4253, de 2020 prevê um parecer jurídico de natureza facultativa, quando das hipóteses elencadas, vejamos:

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Insta aduzir, sob esse prisma, que a futura Lei de Licitações, da forma que disciplinou o tema, rechaça qualquer possibilidade de elencar o parecer jurídico (utilizado com base no novo diploma) como vinculante e de partilha de decisão com o Gestor Público. A consequência é que as Cortes de Contas não poderão, *per se*, de maneira “cega” e “automática”, colocar os advogados públicos como responsáveis por atos a serem julgados no âmbito do Controle Externo (MS 24.631/DF) como sucedeu nas questões de fato elencados em torno do julgamento do MS retromencionado, salvo, na eventualidade de cabal demonstração de dolo ou erro grosseiro – elementos subjetivos que exigem uma profunda cognição e arranjo probatório.

2. Regime jurídico complexo do advogado público e art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

O Texto Supremo dispõe no art. 133 que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 8906/1994 define em seu art. 32, que “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

À luz dos dispositivos elencados, forçoso se filiar a doutrina que aponta que, por caber aos Advogados de Estado a função constitucional de consultoria jurídica pública, os atos de natureza opinativa por eles praticados constituem um tipo constitucional de atos próprios e deles exclusivos (MOREIRA NETO, 2008).

Nesse sentido, a doutrina de respeito trata de um regime jurídico complexo a qual está submetido o advogado público, pois se remete a um duplo sistema estatutário:

No caso específico do Advogado de Estado, a sujeição torna-se mais complexa, pois se remete a um duplo sistema estatutário, ambos de adesão voluntária, em que são previstos controles sobre seus atos profissionais, incluídos os de consultoria jurídica: (1) por um sistema geral a cargo de seus pares, através dos órgãos corporativos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil, e (2) por um sistema especial, também a cargo de seus pares, através de órgãos corporativos competentes da Procuradoria ou Advocacia de Estado do respectivo ente estatal a que sirvam. (MOREIRA NETO, 2008, p. 105).

Assim, a atividade do parecerista exercendo uma função pública deve considerar as peculiaridades e dificuldades enfrentadas no serviço público. Nesse panorama, com o advento da Lei nº 13.655/2018, ocorreram mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reforçando o princípio da segurança jurídica quando da tomada de decisões envolvendo o setor público.

A propósito, o novo art. 28 da LINDB, que trata da responsabilidade do parecerista público, assim averba: "O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro." O novo dispositivo deve ser entendido como norma especial (advocacia consultiva pública) em relação ao art. 32 do Estatuto da Advocacia (advocacia de modo geral).

No âmbito federal, o Decreto nº 9.830/2019 regulamentou o disposto nos arts. 20 ao art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No tocante ao que nos interessa, o art. 12 da *lex* dispõe, *in verbis*:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público. (...)

Sobre o dolo, citemos a posição de José de Mendonça:

Ele é o mais óbvio, e, ao mesmo tempo, o mais difícil de ser caracterizado. É muitíssimo difícil conseguir configurar, de modo a justificar alguma responsabilização, o dolo, a má-fé, de um advogado público parecerista. A conduta dolosa vai ser verificada provavelmente a partir de provas indiciárias, testemunhos, declarações, quebras de sigilos telefônicos, mas nada que, diretamente, exsurja do parecer. Não há muita coisa a ser dita acerca desse standard, senão que dificilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado público vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo (conferir item VI, supra). (MENDONÇA, 2009, p. 172).

Gustavo Binenbojm e André Cyrino também tratam do conceito de dolo:

Haverá dolo quando o gestor agir com intenção de praticar um ato contrário à Administração Pública. Ou, ainda, o técnico que deliberadamente recomendou algo indevido (*e.g.* um laudo médico que opine falsamente pela licença de um servidor por razões de saúde). A demonstração da ocorrência de dolo, normalmente refletida em uma fraude, pressupõe exame de elemento subjetivo, o que traz dificuldade probatória, e

dependerá de investigação cuidadosa. (BINENBOJM e CYRINO, 2018, p. 211).

O conceito de dolo parece ser bem delimitado pela doutrina, não podendo se dizer o mesmo quanto os contornos jurídicos da terminologia erro grosseiro, havendo, inclusive, divergências internas no âmbito no Tribunal de Contas da União.

Neste viés, o Tribunal de Contas da União passou a se manifestar acerca da interpretação desse último conceito jurídico indeterminado. Vejamos, em apertada síntese, alguns arestos da Corte de Controle da União, com grifos nossos, que demonstram uma falta de clareza quanto a conjuntura do termo:

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de **grave inobservância do dever de cuidado**, isto é, que foi praticado com **culpa grave** (TCU, Acórdão 2391/2018).

Para fins de responsabilização perante o TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – LINDB), aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de **grave inobservância do dever de cuidado** (TCU, Acórdão 4447/2020).

A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do **parecerista médio**, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência (TCU, Acórdão 611/2020).

Em relação ao primeiro aresto (TCU, Acórdão 2391/2018), de relatoria do Min. Benjamim Zymler, houve a associação entre o denominado erro grosseiro e a culpa grave, a partir da classificação de erro em (i) leve, (ii) sem qualificação e (iii) grosseiro. O segundo aresto (TCU, Acórdão 4447/2020) seguiu a mesma linha de entendimento em relação ao dever de cuidado. A respeito do tema, professores Thiago C. Araújo, Fernando Ferreira Jr. e Alice Voronoff comentam com bastante clareza a primeira decisão:

O primeiro, “erro leve”, para que não ocorra, exigiria um grau de atenção superior ao esperado do tomador de decisão. O segundo, “erro sem qualificação”, seria evitado a partir de uma diligência normal, média, por parte do administrador. Já o terceiro, “erro grosseiro”, poderia ser identificado e evitado por gestores que atuassem com um nível de atenção mesmo abaixo do esperado. Somente nesse caso, portanto, estariam os gestores sujeitos à responsabilização por terem agido com culpa grave. Importante frisar: há associação entre o denominado erro grosseiro e a culpa grave. (ARAÚJO, FERREIRA JÚNIOR e VORONOFF, 2019).

De outro vértice, no terceiro aresto (TCU, Acórdão 611/2020), o TCU em vez de adotar como critérios anteriormente utilizados, adotou a figura do parecerista médio, que consoante o voto condutor, “deve saber quando os dispositivos editalícios estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada que regem a matéria submetida a seu parecer”.

Sobreleva registrar ainda, que no Acórdão nº 2.677/2018, o TCU adotou mais uma vez a figura do homem médio para definir o erro grosseiro:

Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório pelo TCU. Por se tratar de conceito jurídico indeterminado, há sobre o assunto algumas hipóteses. No Acórdão 1628/2018-TCU-Plenário, de minha relatoria, houve entendimento no sentido de adotar o critério do administrador médio para a aferição da presença ou não de erro grosseiro. A comparação com um ‘gestor médio’ novamente foi efetuada no Acórdão 1695/2018-TCU-Plenário [...]

De tal arte, um dispositivo que buscava garantir segurança jurídica ao administrador e pareceristas (art. 28 da LINDB), passou a causar ainda mais insegurança jurídica aos administradores e emissores de opinião.

A esse respeito, merece reflexão o pensamento dos professores Thiago C. Araújo, Fernando Ferreira Jr. e Alice Voronoff, com grifos nossos:

Enfim, a máxima efetividade da LINDB depende, para além de um administrador – médio ou não –, também de um legislador atento à lógica de uniformização aliada ao fomento à inovação. Somente assim será possível atingir a finalidade máxima dos dispositivos acrescidos à LINDB: reforçar a segurança jurídica,

superando o **“Direito Administrativo do Medo”** (ARAÚJO, FERREIRA JÚNIOR e VORONOFF, 2019).^{vii}

Sem embargo do dispositivo da Lei de Introdução, o §6º do art. 52 do Projeto de Lei nº 4253, de 2020 estabelecerá (caso não seja vetado) um novo regime de responsabilidade para os pareceristas públicos, ao prever que “O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo. ”

Com efeito, como já narrado em linhas pretéritas, o art. 28 da LINDB é especial em relação ao art. 32 do Estatuto da Advocacia, sob o argumento de que enquanto o Estatuto prevê a responsabilidade do advogado em uma perspectiva geral, a Lei de Introdução dispõe sobre a advocacia pública consultiva (o que indubitavelmente, é mais específico).

Insta aduzir que o art. 52, §6º da “Nova Lei de Licitações” é mais específico em relação ao art. 28 da LINDB e o art. 32 do Estatuto da Advocacia, tendo em conta que esse trata da advocacia pública consultiva nas licitações e contratos administrativos.

Trata-se de norma especial (art. 52, §6º da “Nova Lei de Licitações) que prevalece sobre a lei geral (art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 32 do Estatuto da Advocacia).

Assim, parece-nos que no âmbito do direito administrativo sancionador, deverá haver a aplicação simultânea de ambos diplomas (“Nova Lei de Licitações” e LINDB). Os pareceristas de licitações e contratos administrativos somente responderão quando agirem com dolo ou fraude. Por exclusão, os demais pareceristas, que não lidem com direito contratual público, poderão ser responsabilizados no caso de dolo ou erro grosseiro.

2.1 Proposições jurídicas quanto à interpretação de “erro grosseiro”

Conforme já averbado, a análise da responsabilidade do parecerista em tempos de normalidade institucional da conjuntura da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União. Em apertada síntese, a orientação ministrada pelas Cortes permite responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro ou dolo.

O estado de insegurança jurídica nos contornos jurídicos da expressão *erro grosseiro*, agravada pela situação de excepcionalidade da pandemia do Covid-19, nos permitiu refletir academicamente acerca de alguns padrões que podem ser adotados para, em um primeiro momento, delimitar, mediante critérios objetivos, o conceito de erro grosseiro para fins de responsabilização do parecerista em tempos

de pandemia, e, sob outro prisma, as medidas que podem ser tomadas pela advocacia pública a fim de trazer um estado de segurança jurídica no exercício de suas funções durante esse período de estabilidade.

À primeira vista, sendo o erro grosseiro um conceito jurídico indeterminado, forçoso concluir pela que a ausência de exatidão dos contornos jurídicos dá ensejo à abertura de divergências entre os diversos órgãos jurisdicionais e de controle em sua aplicação. O cerne da ideia do erro grosseiro reside na incerteza do *conteúdo* e da *extensão* do conceito.

Um primeiro aspecto que poderia ser utilizado diz respeito ao que Enterría e Ramón Fernandez, citados por Gustavo Knaesel Hoffman, denominam de “*zonas de certeza e incerteza*”:

Para García de Enterría e Fernández, a estrutura dos conceitos indeterminados compreende (i) um núcleo fixo (Begriffkern), ou zona de certeza positiva, configurado por dados prévios e seguros onde não há dúvidas quanto à aplicabilidade dos conceitos, (ii) uma zona intermediária ou halo conceitual (Begriffhof), onde não se dá certeza quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, finalmente, (iii) a zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito. (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1991, p. 396 *apud* HOFFMANN, 2015, p. 23).

Comentando a doutrina comparada acima elencada, José dos Santos Carvalho Filho dispõe que “[...] na interpretação dos atos de concretização dos referidos conceitos, tem que perseguir, evidentemente, a redução da zona de incerteza para alcançar as zonas de certeza positiva ou negativa.” (CARVALHO FILHO, 2001, p. 115)

Apesar do critério da zona de certeza e incerteza serem construídos como um parâmetro do controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, entendemos que é possível buscar traçar os contornos jurídicos de erro grosseiro a partir de tais lições.

À primeira vista, parece-nos que o conceito de erro grosseiro nunca poderá se relacionar com o conceito de homem médio (ou parecerista médio), tendo em vista dois argumentos.

Primeiramente, entendemos que não se pode definir o conteúdo e alcance de um conceito jurídico indeterminado (erro grosseiro) a partir de outro conceito jurídico indeterminado, que também denota uma imprecisão conceitual. Como se sabe, Direito é ciência não exata e que admite amplas interpretações. Afastar as

imprecisões conceituais é medida prudente e que mais se aproxima da garantia da segurança jurídica.

Sob outro prisma, o título de *administrador médio* (que podemos aplicar, por analogia, ao parecerista médio) não pode ser definido no mundo do ser (no julgamento de casos concretos), e sim no mundo do dever ser, isso é, no positivismo jurídico, sob pena de grave violação à segurança jurídica. Buscar intitular o gestor como *administrador médio* a partir de casos concretos, buscando fonte de validade, tão somente na aplicação fria da lei, sem deixar de considerar as dificuldades burocráticas, financeiras e orçamentárias, busca dar uma solução utópica para os problemas envolvendo as escolhas da Administração Pública.

Veja-se, a esse respeito, interessante reflexão dos professores Gustavo Binjenbojm e André Cyrino, nos apresentando a expressão de *Hércules Administrativo*:

Todavia, os órgãos de controle parecem crer no mundo da aplicação *ex officio* da lei. Na verdade, teimam em advogar – muitas vezes com boas intenções – que basta ao administrador seguir os comandos normativos, para que não venha a ser punido. Esse gestor, tem, inclusive, um título. É o *administrador médio*, segundo a jurisprudência do TCU. Trata-se de uma mente iluminada, que age irrepreensível, cautelosa e diligentemente. Mesmo que a aplicação da lei implique algum juízo interpretativo, essa exegese (idêntica ao dos órgãos de controle) seria verificável de forma certa por esse gestor, espécie de Hércules administrativo, num paralelo com o juiz filósofo de Dworkin. (BINENBOJIM e CYRINO, 2018, p. 205).

Assim, melhor razão nos parece apontar que erro grosseiro é expressão sinônima de culpa grave, definida no art. 12, §1º do Decreto nº 9.830/2019 como “aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Entendemos, outrossim, que a imperícia ou negligência (erro grosseiro) decorrem da *grave inobservância do dever de cuidado do parecerista*, conforme se extrai de alguns acórdãos do TCU, o que nos parece um parâmetro com maior precisão conceitual do que o termo *parecerista médio*.

Assoma daí, com nitidez, o *standard da não-adoção de condicionantes reais de cautela*, proposto por José de Mendonça (2009), podendo ser adotados, a partir do padrão elencado, como critérios objetivos: a) o término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa e b) o dever de informar acerca

dos riscos jurídicos. Não por outra razão, que Moreira Neto (2008) entende que a opinião expendida no parecer atine apenas a juricidade das questões examinadas, e nada mais do que esse aspecto.

Assim, a ideia do *término do espaço da opinião jurídica* exposta pode ser conectada com que positiva o Manual de boas práticas consultivas da AGU (2016, p. 32), ao estabelecer que o órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fabrício Motta (2015), analisando o manual acima, elenca um rol exemplificativo de questões que estão, em princípio, fora do raio de alcance da análise jurídica:

- oportunidade e conveniência da contratação
- descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca
- conteúdo dos projetos básicos e executivo
- indicativos de quantidade, estimativas de consumo
- planilhas de preço, incluindo sua composição
- critérios de aceitabilidade de preços
- questões que demandem conhecimentos técnicos específicos (incluindo os serviços técnicos profissionais especializados)
- execução do contrato e sua fiscalização
- comprovação dos fatos invocados como suporte para alterações contratuais

À evidência, os órgãos de controle possuem *expertise técnica* para apurar as questões acima elencadas, tendo em conta possuírem vocação constitucional para proceder a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, nos termos do art. 70, caput, da Constituição Federal. Todavia, o mesmo não pode se falar em relação aos advogados públicos.

Em acréscimo, vale acentuar o pensamento de José de Mendonça (2009), ao pontuar que o uso de expressões denotativas do término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa tem seu valor e adequação,

desde que o parecerista não desenvolva argumento implausível para ao final, acrescente a um “a juízo discricionário do administrador”.

Doutra banda, a *não-adoção de condicionantes reais de cautela* possui como segunda faceta o *dever de informar acerca dos riscos jurídicos*. Vejamos como o assunto é tratado por José de Mendonça

Outro condicionante de cautela é o dever de informar acerca dos riscos jurídicos. É dever do parecerista informar acerca da existência de riscos jurídicos na adoção desta ou daquela linha de ação. Por riscos jurídicos entenda-se instabilidade nos posicionamentos doutrinários capaz de se refletir em instabilidade jurisprudencial, divergência jurisprudencial capaz de anular a ação, riscos pessoais e/ou de responsabilização do ente federativo. (MENDONÇA, Rio de Janeiro, 2009, p. 175)

Parece-nos, face ao exposto, que a definição do conceito de erro grosseiro deve necessariamente ser tratada da seguinte maneira, pelos órgãos jurisdicionais e de contas, notadamente o STF e TCU:

- a) que seja afastada qualquer interpretação que confira associação de erro grosseiro aos termos “homem médio”, “administrador médio” ou “parecerista médio”, que por também serem conceitos jurídicos indeterminados, apresentam alto grau de abstração e imprecisão conceitual, tornando-se indefinido o alcance do conteúdo e forma das expressões;
- b) que erro grosseiro seja considerado aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, nos termos do 12, §1º do Decreto nº 9.830/2019;
- c) que a negligência ou imperícia sejam associadas com a grave inobservância do dever de cuidado, como propõe o TCU em alguns de seus arestos;
- d) que a grave inobservância do dever de cuidado, por seu turno, seja interpretada como a não-adoção de condicionantes reais de cautela, como propõe José de Mendonça (2009) como um dos *quatro standards* da responsabilidade do advogado público, em suas lições doutrinárias.

Assim, fixadas as premissas e pontos de partida acima abordados, poderemos adentrar no mérito acerca da responsabilidade do parecerista público em tempos de COVID-19.

3. Direito Administrativo de Emergência e a responsabilidade do parecerista público em tempos de pandemia (Covid-19)

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi notificada sobre a existência de um vírus desconhecido em corpo humano, na cidade de Wuhan, na China. O vírus até então desconhecido foi nomeado como novo coronavírus (COVID-19) e atingiu o status de pandemia em 11/03/2020 (WHO, 2020). Após quase ano do registro oficial (17/12/2020), o coronavírus (COVID-19) já infectou mais de 72.851.747 de pessoas e somou a marca de 1.643.339 mortes. (OPAS, 2020).^{viii}

Os impactos causados pela pandemia atingiram abruptamente a forma como se vive em sociedade, suscitando questões sanitárias e sociais que desafiam a forma de aplicação de ciências jurídicas. Nesse sentido, o federalismo cooperativo desenvolvido pelos Estados e Municípios na adoção de medidas sanitárias; os impactos da perda de receita em diversos setores da economia; a necessidade do Estado arrecadar em colisão com as dificuldades econômicas das empresas e a manutenção do emprego em contexto de direito empresarial de crise são apenas singelos exemplos que desafiam os operadores do Direito a refletir medidas de pacificação social nessa situação de excepcionalidade.

O Direito Administrativo de Emergência^{ix} ganha notoriedade em razão das questões jurídicas, sanitárias e sociais suscitadas pela Covid-19. Com efeito, é a partir de medidas estatais, desenvolvidas na função administrativa, que os gestores poderão tomar decisões envolvendo as medidas sanitárias, como sucedeu com a restrição de direitos fundamentais de liberdade de locomoção e de reunião;

Sobre a expressão, Marçal Justen Filho (2020) comenta que se tratar de medidas que afastam, suspendem ou extinguem o direito administrativo até então vigente, de modo a impor a submissão das relações jurídicas em curso a um modelo jurídico diferenciado, ainda que não configurado por via legislativa.

Dito isto, passemos a fixar três parâmetros a serem avaliados na análise da configuração dos pressupostos da responsabilidade do parecerista em tempos de pandemia.

O parecerista público, que ordinariamente já desempenha um *munus publico* e função essencial à Justiça, ganha destaque na situação de excepcionalidade, possuindo a árdua tarefa de conciliar a atividade consultiva com as questões sanitárias e sociais suscitadas pela COVID-19.^x

No grave contexto de pandemia do Covid-19, o direito administrativo precisou se reinventar para buscar soluções jurídicas envolvendo tanto as relações jurídicas já

firmadas, como as futuras relações jurídicas a serem firmadas neste cenário pandêmico.^{xi} Sobre o tema, merece destaque a reflexão de Marçal Justen Filho:

A pandemia afetou o direito vigente e as relações jurídicas preexistentes. Medidas legislativas e administrativas e decisões judiciais adotaram soluções inovadoras para disciplinar não apenas os eventos futuros, como também aqueles do passado - mais precisamente, os efeitos presentes e futuros de atos jurídicos perfeitos e acabados ocorridos no passado. (...) Os institutos jurídicos disponíveis foram concebidos em vista de um cenário radicalmente distinto e incomparável. E se tornou inviável resolver os impasses ocorridos mediante a aplicação dos mecanismos jurídicos já existentes. (JUSTEN FILHO, 2020, publicação eletrônica).

O Direito, ciência do dever-ser, já disponibilizava institutos jurídicos disponíveis, a exemplo da teoria da imprevisão. Contudo, como bem aponta o autor, o cenário trazido pela pandemia tornou inviável resolver os impasses ocorridos mediante a aplicação de como o *dever-ser* era previsto. Há uma distância incalculável entre o *dever-ser* dos institutos já previstos e o *ser* que sucedeu os eventos pandêmicos do ano em curso.

Assomasse, daí, a pandemia legislativa/normativa causada pela Covid-19: foram editados mais de 200 atos normativos federais. Imagine-se ainda, os atos normativos dos 26 Estados, do Distrito Federal e ainda dos 5571, e ainda, as decisões judiciais e recomendações do Ministério Público, Defensoria Pública e da Advocacia Pública. (LEITE, 2020).

Indaga-se, portanto, como pode o (bom) parecerista orientar da melhor forma o administrador público, sem o risco de incorrer no “inseguro” *erro* previsto no art. 28 da Lei de Introdução?

Ab initio, não se pode ignorar que na emissão da opinião jurídica, o parecerista pode ser desafiado a se deparar com questões de fato envolvendo controvérsias na comunidade científica, no tocante o combate à enfermidade. Na ocorrência de casos dessa natureza, deve-se ressaltar mais uma vez que as questões de fato envolvendo matéria fora da expertise jurídica do parecerista não podem levar a sua responsabilização.

Portanto, define-se como primeiro parâmetro, na análise de sua responsabilidade, a *análise exclusiva das questões de direito, ainda que exista controvérsia na comunidade científica quanto a medida de combate à enfermidade.*

Acentue-se, contudo, que se o órgão consultor evidenciar a inexistência de consenso científico, o parecerista possui o poder-dever de avaliar a melhor solução à luz dos princípios da prevenção e precaução, conforme proposto pelo Ministro Barroso no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 MC, onde se analisava a constitucionalidade de dispositivos envolvendo a responsabilidade de agentes públicos em atos relacionados à Covid-19.

Superado o primeiro parâmetro, cabe acentuar que a ação coordenada dos advogados de estado lotados na Procuradoria Consultiva, se planejando e discutindo em equipe, as diretrizes jurídicas a serem adotadas, tem o condão de trazer maior segurança jurídica para o exercício de suas funções.

Nesse sentido, vejamos algumas diretrizes jurídicas elencadas no Boletim Informativo de Março de 2020, da Procuradoria Consultiva da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco, quanto ao regime de contratação especial e diferenciada da COVID-19:

Caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa (art. 26, parágrafo único, I, da Lei 8.666/93). Diante da inegável celeridade que há de se empregar aos processos de contratação em lume, o requisito já se encontra atendido pelo reconhecimento do legislador federal e estadual, sem que haja necessidade de a autoridade administrativa proceder a explicações adicionais. É suficiente que seja evidenciada a relação entre a demanda administrativa e o fato emergencial, com declaração no sentido de que a contratação pretendida é imprescindível ao atendimento da população no enfrentamento da crise e que o quantitativo contratado é o mínimo necessário para tanto.

Prazo. Essa específica dispensa de licitação é temporária e está adstrita ao prazo em que perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, sem, contudo, haver qualquer limitação quanto ao prazo máximo de 180 dias, que é previsto no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93. (art. 2º da LCE nº 25/2020).

Regra Excepcional. É admitida a contratação de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única

fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido. (§3º do art. 4º da Lei nº 13.979/2020, incluído pela MP 926/2020)

No tocante ao regime de execução contratual especial e diferenciado do COVID-19, o mesmo Boletim Informativo prevê que:

Antecipação de Pagamento. É admitido pagamento antecipado, mediante justificativa expressa, consideradas as condições do mercado em face da situação crítica de pandemia

Possibilidade de entregas parceladas. O fornecimento de bens sob a forma de entregas parceladas não desconfigura a contratação emergencial. Em determinadas circunstâncias, não será possível impor ao fornecedor a entrega imediata de todo o quantitativo contratado.

O Boletim Informativo supracitado também prevê orientação em relação ao regime de transição dos contratos administrativos vigentes e a suspensão de prazos em processos licitatórios, contratações diretas e parcerias com o setor privado.

Dito isto, fixamos que segundo parâmetro, a ser avaliado na análise da responsabilidade do parecerista: o *atendimento das orientações internas fixadas pelo próprio órgão*. Assim, se o parecerista profere um parecer totalmente dissonante do trabalho coordenado de seus colegas, é mais factível a configuração do dolo ou erro grosseiro aptos a autorizar sua responsabilização.

Sob outro prisma, imperioso destacar como terceiro e último parâmetro, o *pragmatismo jurídico e o princípio do contextualismo*, previstos no art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

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.

A norma em elenco trata do pragmatismo jurídico, na estreita das lições de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, com grifos nossos:

O pragmatismo não possui concepção unívoca, mas há relativo consenso de que as suas características básicas são: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito; **b) contextualismo: a interpretação jurídica é**

norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado) (POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 27-62; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. RDA, v. 256, p. 129-163, 2011. A relevância do pragmatismo jurídico, destacada nas edições iniciais desta obra, foi confirmada, por exemplo, nos arts. 20 e 21 da LINDB, inseridos pela Lei 13.655/2018, que exigem a consideração e a demonstração das consequências práticas, jurídicas e administrativas das decisões estatais. (OLIVEIRA, 2019, p. 567)

Dentro da noção de contextualismo, podemos indagar, em termos mais comuns: *Eu posso comparar os atos da administração em um contexto de crise, com os atos de um administrador em um contexto de normalidade?* A pergunta, por mais óbvia que seja a resposta, deve ser refletida pelo julgador ou órgão de controle no momento da aplicação de qualquer penalidade.

Avoluma-se, ao princípio da contextualidade, o *standard* proposto por José de Mendonça (2009), intitulado de *necessidade de preservação de heterogeneidade de ideias*, de modo a impor que a configuração do que é dolo quanto o que é erro inescusável devem ser interpretados de modo restritivo, sob pena de “risco de censura”.

Concordamos integralmente com o autor, e ainda ressaltamos que essa interpretação deve se tornar ainda mais restrita (*restritíssima*) quando o conteúdo opinativo envolver os atos de combate ao Covid-19, à luz do princípio do contextualismo previsto no art. 22 da LINDB.

Impende destacar que a interpretação *restritíssima* das opiniões proferidas pelos pareceristas não se trata de um “salvo conduto” ou ausência de qualquer responsabilização. Tal interpretação contraria o princípio republicano (*accountability*). Pede-se, tão somente, bom senso e cautela redobrados na análise de opiniões técnicas emitidas pelos pareceristas durante o cenário pandêmico. Nesse sentido, Irene Patrícia Nohara, em obra coletiva, tece importantes considerações sobre a aplicação do art. 22 da LINDB nos atos de combate à pandemia do Covid-19:

Assim, não se trata de um “salvo conduto” para todo e qualquer desrespeito às determinações normativas, mas da necessidade de ponderação e calibramento, com bom senso, das exigências

legais em função do contexto de dificuldades faticamente enfrentado pelo gestor público. Logo, na imposição de futura responsabilização por determinada ação da gestão, deve-se considerar que o “estado da arte” de conhecimento sobre o comportamento do vírus, quando da declaração da circunstância da Pandemia, era em alguma medida obscuro. (NOHARA, 2020 in LIMA et al, 2020, p. 231)

Em conclusão, arremata com precisão a supracitada autora:

Também o controle deve ser equilibrado, ponderado e considerar o primado da realidade, o que não implica em “passar por cima” dos limites jurídicos, pois, se não, toda e qualquer situação grave implicaria rasgar a Lei Maior e legitimar ações sem freios por parte de todos os envolvidos, sendo, então, uma situação muito perigosa e pouco desejável para a sociedade, pois perderíamos os parâmetros mínimos de limites e possibilidades das medidas de enfrentamento da Pandemia, o que nos faria deparar com ações desmedidas do Estado. (NOHARA, 2020 in LIMA, Fernando Rister de Sousa (coord.) et al, 2020, p. 233)

Assim, a responsabilidade do parecerista público em tempos de Covid-19 deve observar os parâmetros acima fixados, de modo a desempenhar seu relevante ministério e atividades essenciais à Justiça e a comunidade com segurança jurídica.

Conclusão

O parecerista público desenvolve a atividade de consultoria jurídica pública, função essencial à Justiça por expressa vocação constitucional. À vista disso, o advogado público no exercício da função consultiva deve ser orientado pelo princípio da independência funcional, conforme propõe Diogo Neto, buscando sempre, a partir de suas opiniões técnicas, a visão que melhor atende o interesse público, evitando-se qualquer tempo de pressão ou constrangimento.

A jurisprudência do STF tradicionalmente permitia a responsabilização do parecerista se houver erro grosseiro, dolo ou sua opinião tiver teor vinculante. A Lei nº 13.655/2018 seguiu o entendimento da Corte Suprema no tocante a adoção do dolo e erro grosseiro como pressupostos da responsabilidade do agente público, não podendo se falar o mesmo quanto à obrigatoriedade do parecer, que desde de 2018, perdeu seu sentido.

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e passada sua *vacatio legis* de 02(dois) anos, as discussões no tocante a existência de pareceres vinculante no Brasil serão encerradas, tendo em conta que a única hipótese que sustentava sua existência (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/1993) deixará de existir. O novo regime jurídico prevê a possibilidade da autoridade motivadamente rejeitar o parecer jurídico (art. 52, §2º do PL n. 4253/2020).

Apesar de tradicionalmente o STF não adotar a teoria da transcendência dos motivos determinantes, entendemos que há boas chances do Pretório Excelso declarar a existência de superação (*overruling*) em relação aos precedentes que adotaram a divisão dos pareceres na classificação proposta por René Chapus, substituindo-os por um novo precedente, de modo a se harmonizar com a nova ordem jurídica prevista na LINDB, com as inclusões da Lei nº 13.655/2018.

Os advogados públicos sujeitam-se a um regime jurídico complexo, em razão da dupla vinculação estatutária (OAB e regime jurídico-administrativo). Apesar do TCU tradicionalmente buscar responsabilizar o advogado público nos termos do art. 32 da Lei nº 8.906/1994, com o advento do art. 28 da LINDB em 2018, a referida Corte passou a responsabilizar o advogado apenas por dolo ou erro grosseiro.

O dolo previsto no art. 28 da LINDB é entendido como a intenção voluntária de agir, não havendo grandes divergências quanto à sua definição. Por outro lado, há forte imprecisão conceitual na jurisprudência do TCU quanto à interpretação do que é erro grosseiro.

Em alguns arestos, o TCU associa o erro grosseiro à culpa grave. Em outros julgados, o TCU utiliza o critério do homem médio, o que causa insegurança jurídica e propaga um Direito Administrativo do Medo.

A fim de pacificar a celeuma jurisprudência do TCU, propomos delimitar os contornos jurídicos do conceito jurídico indeterminado intitulado erro grosseiro, a partir de critérios objetivos aclamados pela doutrina, como as chamadas zonas de certeza e incerteza.

De tal arte, a definição de erro grosseiro deve afastar qualquer interpretação que lhe associe aos termos “homem médio”, “administrador médio” ou “parecerista médio”, por também se tratarem de conceitos jurídicos indeterminados e apresentarem algo grau de abstração, subjetividade e imprecisão conceitual.

Portanto, entendemos que erro grosseiro deve ser considerado aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, nos termos do art. 12, §1º do Decreto Federal nº 9.830/2019. A negligência ou imperícia devem

ser associadas com a grave inobservância do dever de cuidado, como propõe o TCU em alguns julgados. A grave inobservância do dever de cuidado, por seu turno, deve ser interpretada como a não-adoção de condicionantes reais de cautela, como propõe José Vicente Santos de Mendonça como um dos quatro *standards* da responsabilidade do advogado público.

Com a entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, o parecerista que atuar nesse setor somente poderá ser responsabilizado no caso de dolo ou fraude, caso o dispositivo não seja vetado.

Após definir as premissas acima, finalmente podemos adentrar na análise da responsabilidade civil do parecerista público em tempos de Covid-19.

Em virtude da pandemia causada pelo Covid-19, tem-se aludido a um Direito Administrativo da Emergência, de modo a impor a submissão das relações jurídicas em curso e as que se formarão a um modelo jurídico diferenciado. O parecerista público ganha destaque neste contexto, tendo em vista que é peça fundamental na tomada de decisões do gestor público durante esse período de excepcionalidade.

À vista disso, definimos três parâmetros especiais a serem avaliados para a análise da configuração do parecerista público em tempos de pandemia (Covid-19): **a) análise exclusiva de questões de direito, ainda que exista controvérsia na comunidade científica quanto a medida de combate à enfermidade.** O primeiro parâmetro baseia-se na ideia do término do espaço da opinião jurídica, uma das facetas do standard não-adoção de condicionantes reais de cautela proposto pelo José Vicente Santos de Mendonça, de modo a excluir do alcance do parecerista, exemplificativamente: a.1) oportunidade e conveniência da contratação; a.2) descrição do objeto, à exceção da indicação injustificada de marca; a.3) indicativos de quantidade, estimativas de consumo; a.4) planilhas de preço e critérios de aceitabilidade de preços; dentre outros.

O segundo parâmetro é **b) o atendimento das orientações internas fixadas pelo próprio órgão.** Noutro dizer, os advogados públicos devem realizar um trabalho em equipe e coordenado, estabelecendo as diretrizes jurídicas a serem adotadas e as divulgando em meios eletrônicos, como através de Boletins Informativos e Pareceres Referenciais. Uma opinião jurídica dissonante das diretrizes jurídicas fixadas pelo próprio órgão é um indício de má-fé apto a caracterizar dolo ou mesmo o erro grosseiro por negligência ou imperícia.

O terceiro parâmetro é **c) o pragmatismo jurídico e o princípio do contextualismo.** Com efeito, o art. 22 da LINDB prevê o pragmatismo jurídico ao estabelecer que 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. Conforme saudosas lições doutrinárias. Uma das facetas do pragmatismo jurídico, consoante lições doutrinárias de Rafael Oliveira, é o contextualismo, onde a interpretação jurídica é norteadas por questões práticas da época, de modo que eu não posso comprar os atos da administração em um contexto de crise, com atos de administração em tempos de normalidade. Preserva-se, à luz do pragmatismo e contextualismo, a necessidade de preservação de heterogeneidade de ideias (quarto *standard* de José Vicente Santos de Mendonça), o que deve levar o intérprete realizar uma interpretação extremamente cautelosa e restrita para que exista a configuração do dolo ou erro grosseiro.

Assim, entendemos que os critérios objetivos fixados no presente trabalho acadêmico podem contribuir para que os advogados públicos desempenhem seu relevante ministério e funções essenciais à Justiça com a garantia da segurança jurídica, tendo por base o Estado Democrático de Direito.

Referências

ARAÚJO, Thiago C., JÚNIOR, Fernando Ferreira e VORONOFF, Alice. **Delimitação do conceito de 'erro grosseiro' na jurisprudência do TCU.** Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/tribuna-da-advocacia-publica/delimitacao-do-conceito-de-erro-grosseiro-na-jurisprudencia-do-tcu-15042019>>. Publicado em 15. abril. 2020. Acesso em 27. dez. 2020.

BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo.** Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). p. 203-224, 23 nov. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013).** Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm#art20>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27. dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. **Lei nº 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>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5262. Relator: Min. Carmen Lúcia, julgamento em 28/03/2019, publicado (DJe) em 20/08/2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4731411>>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6422 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6424 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6425 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6427 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6428 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6431 MC/DF. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 20 e 21.5.2020. (ADI-6421), publicado (DJe) em 12/11/2020.

Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo978.htm>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.584/DF. Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 09/08/2007, publicado (DJe) em 20/06/2008.

Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534997>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.631-6/DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 09/08/2007, publicado (DJe) em 01/02/2008.

Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>>.

Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.073-3/DF. Relator: Min. Carlos Velloso, julgamento em 07/11/2002. publicado (DJe) em 13/11/2002. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1969143>>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 2391/2018. Relator: Benjamim Zylar, Processo Tomada de Contas Especial 007.416/2013-0, data da sessão 17/10/2018. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=18d88ea0-486e-11eb-916d-3f1032d92327>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão 611/2020. Relator: Raimundo Carreiro, Processo Representação 038.398/2019-2. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/611%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=18d88ea0-486e-11eb-916d-3f1032d92327>>. Acesso em 27. dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Acórdão 4447/2020. Relator: Aroldo Cedraz. Processo Representação 011.679/2015-8. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/4447%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=18d88ea0-486e-11eb-916d-3f1032d92327>>. Acesso em 27. dez. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados**. Rev. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, v. 54, p. 109-120, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MOTTA, Fabrício. **Advocacia pública e sua atuação no procedimento licitatório: fundamentos, limites e responsabilização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 285-299, set./dez. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. *apud* HOFFMAN. Gustavo Knaesel. **Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle judicial**. Disponível em

<[https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157195/Conceitos %20jur%C3%Adicos%20indeterminados%2C%20discricionariedade%20e%20contr ole%20judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157195/Conceitos%20jur%C3%Adicos%20indeterminados%2C%20discricionariedade%20e%20contr ole%20judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 27. dez. 2020.

HOFFMAN, Gustavo Knaesel. **Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e controle judicial.** Disponível em <[https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157195/Conceitos %20jur%C3%Adicos%20indeterminados%2C%20discricionariedade%20e%20contr ole%20judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/157195/Conceitos%20jur%C3%Adicos%20indeterminados%2C%20discricionariedade%20e%20contr ole%20judicial.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 27. dez. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo da Emergência – um modelo jurídico.** Disponível em <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/325042/direito-administrativo-da-emergencia-um-modelo-juridico>>. Publicado em 20. abril. 2020. Acesso em 27. dez. 2020.

LEITE, Alessandro Farias. **O papel da advocacia pública municipal na pandemia de Covid.** Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/papel-advocacia-publica-municipal>>. Publicado em 10. jul. 2020. Acesso em 27. dez. 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 39ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards.** Rev. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, v. 64, p. 166-182. 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A responsabilidade do advogado de estado.** R. de Dir. Proc. Geral. Rio de Janeiro, (vol. 63), 2008.

MOTA, Maurício. **A responsabilidade civil do parecerista público.** Disponível em <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-responsabilidade-civil-do-parecerista-publico-por-mauricio-mota#:~:text=E%20ele%20segue%3A%20%E2%80%9CPor%20isso,que%20cometeu%20erro%20grave%20inescus%C3%A1vel%E2%80%9D.>>> Acesso em 27. dez. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo e COVID-19: medidas estatais para o enfrentamento da pandemia. *In:* LIMA, Fernando Rister de Sousa (coord.) et al. **Covid-19 e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania.** Grupo Almedina, 2020. [Minha Biblioteca]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556270333/pageid/4>>. Acesso em 27. dez. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Grupo GEN, 2020. [Minha Biblioteca]. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989460/epubcfi/6/62%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml30%5D!/4/828/4%400:100>>. Acesso em 27. dez. 2020.

OPAS. **Folha informativa COVID-19 – Escritório da OPAS e da OMS no Brasil**. Disponível em <<https://www.paho.org/pt/covid19>> Publicado em 17. dez. 2020. Acesso em 27. dez. 2020.

PERNAMBUCO (Estado). **Boletins Informativos Contratos**. Disponível em <<http://www.pge.pe.gov.br/boletimconsultiva.aspx>>. Acesso em 27. dez. 2020.

UNIÃO (Governo Federal). **Manual de boas práticas consultivas AGU**. Disponível em <<https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaav ersaopadrao.pdf>>. Acesso em 27. dez. 2020.

WHO. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020**. Disponível em: <<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>>. Acesso em 27 dez. 2020.

O TRATAMENTO JURÍDICO DAS NOTÍCIAS FALSAS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

RAONI DA SILVA PAGANI ELIAS

RESUMO: Este estudo tem por objetivo analisar o tratamento jurídico conferido pelo direito brasileiro às notícias falsas quando estas violam os direitos da personalidade. Trata-se do embate entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, já que as *fake news* tendem a afrontar a privacidade, a honra, a intimidade, dentre outros direitos. A pesquisa classifica-se como hipotético-dedutiva, desviviada e bibliográfica. Embora as notícias falsas não sejam um fenômeno recente, com a difusão da tecnologia as informações passaram a ser compartilhadas de forma muito mais fácil e célere, causando sérios danos quando inverídicas. Constatou-se que embora inexista direito fundamental absoluto, a divulgação de notícias falsas deve gerar a responsabilização do responsável, haja vista os malefícios para a pessoa atingida, que, não raras vezes, tem a sua vida devastada. Portanto, cabe ao intérprete do direito, no caso concreto, ponderar os interesses em questão, tutelando os direitos da personalidade e fazendo cessar a divulgação das notícias falsas.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; *Fake news*; Liberdade de Expressão.

ABSTRACT: This study aims to analyze the legal treatment given by Brazilian law to false news when it violates the rights of the personality. It is the struggle between freedom of expression and personality rights, since *fake news* tends to affront privacy, honor, intimacy, among other rights. The research is classified as hypothetical-deductive, deviated and bibliographic. Although *fake news* is not a recent phenomenon, with the spread of technology, information has become much easier and faster to share, causing serious damage when untrue. It was found that although there is no absolute fundamental right, the dissemination of false news should generate the responsibility of the person responsible, given the harm to the affected person, who, often, has his life devastated. Therefore, it is up to the interpreter of the law, in the specific case, to weigh up the interests in question, protecting the rights of the personality and stopping the dissemination of false news.

Keywords: Personality Rights; *Fake news*; Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos um fenômeno vem chamando a atenção dos estudiosos do Direito e fomentando debates em diversas searas, a exemplo da doutrinária, legislativa e jurisprudencial. Trata-se das *fake news*, prática que embora não seja recente na história da humanidade vem ganhando relevo na medida em que a tecnologia corroborou para a mais rápida disseminação de informações.

De fato, a internet é terreno fértil para a divulgação de informações das mais diversas naturezas. E nem sempre aquele que divulga uma informação, em primeira mão ou a compartilha, se preocupa em checar a sua veracidade, situação que compromete, não raras vezes, direitos fundamentais.

A difusão de notícias falsas, na prática, pode ter efeito devastador. E não são raros os exemplos de notícias inverídicas, difundidas em redes sociais, em blogs, compartilhadas em aplicativos de mensagens, que violam os direitos da personalidade.

Surge, nesse cenário, um embate, pois de um lado há o direito de informação, que decorre da liberdade de expressão, consagrada dentre os direitos fundamentais, no texto da Constituição Federal de 1988; e, de outro, há a intimidade, a vida privada, a honra, o nome, dentre outros direitos da personalidade, também consagrados pelo constituinte como direitos fundamentais e que recebem especial proteção do Estado.

Assim, tem-se como problema de pesquisa a ser investigado a conciliação de interesses, mormente quando no caso concreto há um conflito entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade. E a questão ganha relevo em se tratando de notícias falsas, pois as *fake news*, como comumente se denomina, sequer se enquadra na noção de direito de informação, de liberdade de expressão, devendo ser aferido o tratamento jurídico de tal fenômeno.

É nesse cenário que se situa o presente estudo, que tem por objetivo analisar o tratamento jurídico conferido pelo direito brasileiro às notícias falsas em casos de violação aos direitos da personalidade. Como objetivos específicos busca-se compreender o conceito, surgimento e evolução das *fake news*, destacar a relevância dos direitos da personalidade e como as falsas notícias o violam; e, ainda, averiguar como as *fake news* devem ser enfrentadas, à luz da liberdade de expressão, ressaltando a Teoria proposta por Alexy.

Destarte, para alcançar os objetivos supra, adota-se, como método de abordagem, o hipotético-dedutivo e, como método de procedimento, o descritivo, pautando-se a pesquisa no levantamento bibliográfico e documental, pois se busca na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

1 FAKE NEWS: CONCEITO, SURGIMENTO E EVOLUÇÃO

A *internet*, nos últimos tempos, tornou-se “terreno fértil” para a difusão de falsas notícias, principalmente pelas redes sociais, o que se denomina “*fake news*”.

Segundo Sodré (2018, p. 377-378), a expressão, tradução literal, significa notícias falsas e é compreendida como um “[...] neologismo para designar informação falsa”.

De fato, o termo *fake news* remete a um fenômeno que se verifica fortemente no mundo contemporâneo, embora não seja um fenômeno recente na história da humanidade. E sobre o conceito da expressão que, livremente, se traduz como “notícias falsas”, Stanger (2019, p. 43-44) leciona:

Fake news, termo inglês que significa notícias falsas, se tornou vocabulário comum no mundo todo a partir de notícias veiculadas como enleivadas de verdade quando não o eram. Porém, há outros termos que também são utilizados de forma sinônima e que podem ter relação como: fofocas, boatos, hoax, mexericos, entre outros.

Ao tratar do conceito de *fake news*, assim leciona Pinto (2018, p. 07):

A expressão “fake news” refere-se, então, de forma sumária, a mentiras apresentadas como notícias, i.e., falsidades formatadas e feitas circular de forma a que o leitor as possa interpretar como artigos noticiosos legítimos (Mustafaraj & Metaxas, 2017, Rochlin, 2017). Uma outra classificação é avançada por Love (2007, cit. in Crittenden, Hopkins & Simmons, 2011), que define fake news como notícias apresentadas como factuais, objetivas e credíveis quando, de facto, são ficcionais.

As *fake news* são, nas palavras de Balem (2017), munidas de discurso de ódio e estão relacionadas, por conseguinte, com a difusão de formas concretas de expressão e de comunicação, dirigidas a grupos definidos por sua raça, religião, orientação sexual, deficiência, etnia, nacionalidade, idade, gênero, filiação política ou outras características pessoais, funcionais ou sociais.

Pinto (2018), por sua vez destaca que as *fake news* vem ganhando relevo, nos últimos tempos, como a “pós-verdade”, embora seja um conceito recentemente discutido, é atemporal e refere-se a um fenômeno que assola a humanidade há tempos.

Acerca da relação entre as notícias falsas e a evolução tecnológica, assim leciona Pereira e Nascimento (2019, p. 25):

O combate às notícias falsas é hoje uma necessidade mundial. Se, no passado, buscava-se a democratização da informação, hoje a grande dificuldade é a de filtrar conteúdos, a velha separação entre o joio e o trigo que os ensinamentos religiosos inseriram na cultura judaico-

cristã há mais de dois mil anos. [...] Por um lado, quase tudo o que se busca está disponível à distância de um clique. Por outro, o conteúdo informacional pode ser extremamente falacioso, capaz de ludibriar não apenas os incautos, mas também aqueles que se julgam astutos e antenados com o mundo atual.

Contudo, Pinto (2018) observa que *fake news* não se limita apenas às notícias falsas, em sua integralidade, pois também engloba aquelas que decorrem de omissões propositais ou retenção de informações como estratégia para discussões acerca do alcance e conteúdo da notícia divulgada.

Trata-se, por conseguinte, de manipulação de informações, em sentido amplo. Porém, é um fenômeno que nem sempre é de fácil identificação, como leciona Christofollet (2018, p. 59):

A manipulação da informação é um conceito complexo, apesar de ser uma ideia largamente aceita e disseminada. Se na área da farmacologia, manipular substâncias para produzir medicamentos é um gesto intrínseco e necessário, afirmar que alguém manipulou dados e informações no campo da comunicação quase sempre tem caráter pejorativo. Isso porque manipulação seria ao mesmo tempo operar em algo, interferir na sua integridade e afetar o seu fluxo natural. Manipular uma notícia é distorcer, não ser fiel ao fato de origem, enganar, omitir, inverter, mentir.

Os problemas de uma formulação como essa residem na possibilidade de intervenção em algo dado – a informação –, sua essência e impermeabilidade. Isto é, na consideração de que a comunicação e o jornalismo possam ser formas de espelhar o mundo e a realidade, e disso sejam capazes.

O grande problema no que tange a difusão de notícias falsas, de acordo com Bussular (2018), é o poder que estas têm de manipular os indivíduos e influenciar nos resultados, principalmente porque os meios de comunicação em massa corroboram para a rápida difusão de notícias, ideia da qual compartilha Calegari (2017), o qual complementa que as *fake news* são notícias lançadas na *internet* sem que haja preocupação por parte do autor da notícia ou de quem a compartilha a informação que é compartilhada com a sua veracidade.

Por conseguinte, continua Sodré (2018), toda e qualquer notícia de ato, evento ou acontecimento que seja inverídica, mas que possa causar, ainda que potencialmente, expectativas, formar convencimentos e opiniões, influenciar na formação de tomada de decisões, pode ser concebida como uma *fake news*.

Carvalho e Mateus (2018) asseveram que as *fake news* ganharam evidência na sociedade informacional, embora seja um conceito que, como já dito, é atemporal no que tange a difusão de informações falsas.

Ainda segundo Sodré (2018), podem ser consideradas como *fake news* apresenta a falsa conexão (quando manchetes virtuais de legenda não correspondem à matéria divulgada); falso contexto (quando o conteúdo, embora verdadeiro, é divulgado junto com informações falsas, fora de um contexto); manipulação de conteúdo (quando informação e imagem são verdadeiras, mas manipuladas com o propósito de enganar); paródia ou sátira (quando a notícia ou fato é divulgado no contexto humorístico, sem intenção de enganar, mas tem aptidão para tanto); conteúdo enganoso (quando informações de uma pessoa ou problema são utilizadas para enganar); conteúdo de impostor (quando fontes verdadeiras são difundidas junto à conteúdo falso); conteúdo fabricado (quando a totalidade do conteúdo é falsa e busca prejudicar, enganar).

Uma questão importante é que há determinadas notícias, seja pelo seu conteúdo, seja por aquele que a difunde, tem maior probabilidade de se propagar. É o que ocorre, por exemplo, com críticas a determinados espectros ideológicos, que fomentam a intolerância e gera o engajamento de alguns no compartilhamento/difusão das informações inverídicas (BUSSULAR, 2018).

Lembra Sodré (2018, p. 378), ainda, que a informação falsa não é novidade no meio social, sendo “tão velha quanto a própria humanidade”, como também enfatiza Darnton (2017, p. 01), ao tratar do surgimento do fenômeno em análise:

[...] Procópio, o historiador bizantino do século VI, escreveu um livro cheio de histórias de veracidade duvidosa, História Secreta (Anedota no título original), que manteve em segredo até sua morte para arruinar a reputação do imperador Justiniano, depois de ter mostrado adoração a ele em suas obras oficiais (DARNTON, 2017, p. 01).

Contudo, na atualidade, ganhou relevo devido a alguns eventos envolvendo o processo eleitoral, principalmente pela gama de condutas que possibilitam só apenas a criação de notícias falsas, mas também sua reprodução e divulgação a um público específico ou a todos.

Sodré (2018, p. 379-380) destaca a problemática dos robôs ou *bots*, “programas gerados para replicar automaticamente milhares de mensagens, *likes*, *twiters* a respeito de um mesmo tema, fazendo com que aquele assunto alcance o topo das redes sociais”.

Trata-se, portanto, de um impulsionamento eletrônico que faz com que uma notícia irrelevante rapidamente se torne conhecida de todos nas redes sociais e, a partir desse ponto, passa a ser replicada também por seres humanos. Logo, dá a impressão “que de fato ‘as pessoas’ acham o tema relevante” (SODRÉ, 2018, p. 380), e o que inicialmente foi replicado por robôs ganha grande proporção no pleito eleitoral, sendo um problema recorrente nas eleições no Brasil, nos últimos tempos.

Tem-se, ainda, o *deepfake*, sobre o qual leciona Sodré (2018, p. 380). Para o autor falar em *fake news* não significa necessariamente se referir à informações grosseiras, que pouco ou nenhum impacto causam na vida das pessoas. Em se tratando de pleito eleitoral tem relevância os fatos que podem influenciá-lo, motivo pelo qual ganha relevância o requinte e a qualidade na elaboração, reprodução e divulgação das *fake news*. É nesse cenário que surge o fenômeno denominado pelo autor de *deepfake*, que em tradução literal significa “falsificação profunda”.

Consiste, em apertada síntese, na utilização de tecnologia de ponta para manipular imagens e sons, que “reproduzem falsamente a imagem e o som, em alta qualidade, não sendo possível identificar se a pessoa e o som na notícia divulgada são verdadeiros ou não” (SODRÉ, 2018, p. 380).

Desta feita, o potencial devastador das *fake news* é inegável, até mesmo porque se tem ciência de guerras e conflitos ao redor do mundo que ganharam repercussão exatamente em virtude de notícias falsas. Segundo Bussular (2018) as *fake news* deixam a sociedade inserida em um dilema sobre o que é verdadeiro ou falso, contribuindo para a perpetuação do quadro de desinformação.

Nessa senda lecionam Carvalho e Mateus (2018, p. 12):

[...] existem três quesitos a se considerar sobre a desinformação. Primeiro, pode-se afirmar que a desinformação é uma informação. Segundo que é uma informação enganosa, e por último, a desinformação não é uma informação enganosa por acidente, ou seja, foi criada com o intuito de enganar. [...] O conceito de pós-verdade é baseado na banalização da verdade, ou seja, dados objetivos são ignorados, e o apelo na formação da opinião junto ao público fala mais alto que a veracidade dos fatos, criando uma confusão sobre a realidade. Não chega a ser uma mentira, nem tampouco uma verdade. Daí se torna uma arma tão igual ou mais poderosa que as Fake news, pois apela para um discurso emotivo populista,

Ocorre que no ordenamento jurídico brasileiro é crime aquilo que a lei diz que é crime, ou seja, a lei tem que tipificar a conduta, pois o ato simples de divulgar uma notícia falsa não é crime e não pode ser punido, contudo, importante observar o seu

conteúdo da notícia falsa que está sendo divulgada, se ela tiver conteúdo calunioso, difamatório ou de injúria, neste caso poderá cometer um desses crimes elencados na lei (CALEGARI, 2017). Portanto o compartilhamento de informações falsas por terceiros e saber a veracidade do conteúdo propriamente dito que é compartilhado não configura esta conduta como crime, há somente a conduta delitiva se ofender a honra do indivíduo.

Há diversos projetos de lei no senado federal e na câmara dos deputados que estão em tramitação, com a finalidade de tipificar tais condutas que não vem tipificadas no ordenamento jurídico, pois a falta de uma legislação específica gera insegurança jurídica.

Sodré (2018, p. 381-382) cita em sua obra fatos relatados pela jornalista ucraniana, Olga Yurkova, que demonstram o poder devastador. O primeiro é o do menino crucificado na Ucrânia. Em 12 de julho de 2014, em meio à guerra de Donbass, a mídia russa divulgou o caso de Galyna Pyshnyak, apresentada como refugiada russa. Esta teria narrado em frente às câmeras de televisão russa que soldados ucranianos teriam crucificado um menino de três anos de idade em frente à sua mãe. Contudo, posteriormente descobriu-se que Galyna não era russa, mas sim ucraniana e esposa de uma militante pró-russo e que o fato por ela narrado era inventado, assim como o lugar onde o suposto crucifixo aconteceu. Até que se descobriu a verdade, contudo, muitos ucranianos e russos “pegaram em armas”.

A segunda notícia relatada pela jornalista ucraniana, Olga Yurkova diz respeito à menina do Kuwait. Nayira, de 15 anos de idade, perante o Congresso dos Estados Unidos, contou que soldados iraquianos retiravam bebês prematuros de incubadoras em um hospital no qual supostamente Nayira atuava como voluntária. Tal fato teria ocorrido em 1990. As palavras da menina foram repetidas várias vezes pelos integrantes do Senado norte-americano. Contudo, tomou-se conhecimento posteriormente que o depoimento havia sido preparado por uma agência de relações públicas nos Estados Unidos ligadas à monarquia do Kuwait (SODRÉ, 2018, p. 382).

A terceira notícia apresentada pela jornalista ucraniana, Olga Yurkova, e relatada por Sodré (2018, p. 382) diz respeito à fotos falsas na crise dos Rohingya, povo muçulmano que representa 5% da população de Mianmar e foram objeto de limpeza étnica. Circularam fotos de décadas, como a guerra de Ruada, como se fossem relacionadas aos muçulmanos, contribuindo para o aumento da violência em Mianmar.

As três situações acima relatadas decerto demonstram o potencial devastador das divulgações de notícias falsas, de forma deliberada, que nos exemplos supra

comprometeram a paz, prejudicaram países e povos, fomentando a violência, atos de guerra, etc.

No Brasil tem-se o trágico caso ocorrido no Guarujá, quando notícias falsas difundidas em redes sociais culminaram no linchamento de Fabiane Maria de Jesus, confundida pelos agressores como suposta sequestradora de crianças que praticava rituais de magia negra. À época, mesmo com a retratação e postagens diversas desmentindo o fato, a Fabiane foi, repita-se, vítima de linchamento (SZAPACENKOPF, 2017).

O fato acima narrado não é isolado. Na cidade de Araruama, no Estado do Rio de Janeiro, um casal também foi espancado após circular em grupos do *WhatsApp* que se tratava de pessoas que sequestravam crianças, inclusive com a divulgação de fotos de Luiz Áureo de Paula e Pamela Martins (SILVA; SILVA, 2014).

Destarte, são apenas exemplos, mas que demonstram os malefícios e consequências das *fake news*, fomentando debates quanto às limitações à liberdade de expressão no ambiente virtual, pois não há, com o sabido, nenhum direito fundamental absoluto. Logo, não pode o indivíduo disseminar informações falsas ao argumento de que se vale da liberdade de expressão consagrada no texto constitucional e também nas normas de Direito Internacional. Nesse contexto, a liberdade,⁸ enquanto direito fundamental de primeira ordem, ou primeira dimensão, serve de instrumento da vivência plena do primeiro. Contudo, a liberdade não pode afrontar os direitos da personalidade. Porém, antes de se adentrar na análise de tal conflito, é necessário tecer alguns comentários acerca dos direitos da personalidade, objeto da próxima seção.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E COMO AS NOTÍCIAS FALSAS AFETAM ESSE DIREITO

O direito da personalidade, introduzido no Código Civil de 2002, consiste na defesa da integridade física, moral ou intelectual de uma pessoa. Originário da

⁸ Cf. Magalhães (2010), a liberdade ganhou relevo quando da Revolução Francesa e evidencia a defesa dos direitos humanos, está relacionada à luta contra regimes tradicionais e arbitrários. E complementa o autor que “ideias como “nação”, “direitos humanos”, “liberdade”, “igualdade” e “democracia” são ideias que – modernizadas – foram fundamentais para essa projeção da política e do direito no futuro. Nisso consistiu o giro semântico que tais expressões, antigas no vocabulário político-jurídico, alcançaram com a fundamentalização e posterior positivação da noção de direitos humanos. As soluções “direitos humanos” e “Constituição” foram concomitantes e, não necessariamente, excludentes, como havia pensado Rousseau. Os direitos humanos, antes pano de fundo do contrato social, transformaram-se num texto de direito positivo que, por sua vez, encontrou seu fundamento na suprallegalidade constitucional. Assim que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi recebida pela Constituição Francesa de 1791 em seu preâmbulo” (MAGALHÃES, 2010, p. 37).

doutrina germânica e francesa, o direito da personalidade é um estudo recente, ganhando relevo apenas a partir da Segunda Guerra Mundial (FRANÇA, 1994).

Como bem leciona França (1994, p. 1034), os “direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujos objetos são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior.”

Contudo, cumpre esclarecer que, inicialmente, o Direito Romano não contemplou o direito da personalidade como é visto atualmente, pois o Estado cuidou apenas da ação contra a injúria, que tinha como finalidade conter qualquer atentado contra a pessoa. Para isso, existia uma ação chamada *dike kakegoric*, que punia quem violasse algum interesse físico ou moral de outrem, ou seja, não existia especificadamente no âmbito jurídico uma categoria para tutelar a personalidade (FRANÇA, 1994).

Porém, a partir da Carta Magna inglesa de 1215, foi estabelecida a proteção do direito da personalidade em seus aspectos fundamentais, o que foi reforçado com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789.

Ocorre que, apenas após a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades cometidas pelo nazismo, compreendeu-se a necessidade de uma proteção ao ser humano, assim, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem, no ano de 1948. Com isso, os Códigos Civis foram sendo reformados, passando a abranger a proteção dos direitos da personalidade (FRANÇA, 1994).

Acerca da noção de “personalidade” e sua evolução, cumpre apresentar os ensinamentos de Pereira (2017, p. 182), para quem:

A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair deveres. Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que exprime uma conquista da civilização jurídica. Nem sempre, porém, isto aconteceu. No direito romano, o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito. No direito brasileiro, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre (cf. nº 44, infra). Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código Civil o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1º).

No Brasil, os direitos da personalidade ganharam especial atenção com o advento da Constituição Federal de 1988 e regulamentados no Código Civil de 2002, reconhecendo, expressamente, os direitos da personalidade em seus artigos 11 a 21.

De fato, a noção de direitos da personalidade está intrinsecamente relacionada personalidade enquanto atributo da pessoa humana, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, está relacionada ao nascimento com vida (PEREIRA, 2017).

Não se pode ignorar, contudo, que os direitos da personalidade não nascem com a lei que os regulamenta. O direito da personalidade nasce com o próprio homem, titular dos seus direitos de maneira perpétua e permanente, não sendo possível que haja qualquer indivíduo que não possua o direito à vida, por tal razão que é um direito inerente à pessoa humana. Nesse contexto, “[...] conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: 2014, p. 186).

Já Farias e Rosenvald (2010, p. 130), ao conceituar pessoa, ressaltam tratar-se do “[...] sujeito das relações jurídicas que traz consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para realizar tais atividades, compatível e adequada às suas características (que são os direitos da personalidade)”.

Ainda, de acordo com os mesmos autores, “[...] considerando que a personalidade é um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade constituem verdadeiros direitos subjetivos, atinentes à própria condição de pessoa” (FARIAS; ROSENVALD, 2010, p. 136).

Sintetizam, ao final da explanação, que os “[...] direitos da personalidade estão, inexoravelmente, unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade” (FARIAS; ROSENVALD: 2010, p. 137).

Ademais, o direito da personalidade possui uma esfera extrapatrimonial a pessoa, onde “o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO: 2014, p. 186).

Desta feita, e assegurado no art. 5º da Constituição Federal, os direitos das personalidades integra o direito ao nome, a sua imagem, a honra, a liberdade, entre outros. Tais direitos são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis, como afirma o art. 11 do Código Civil, que assim dispõe: “Com exceção dos casos

previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002).

De acordo com Gagliano e Pamplona Junior (2014), há duas correntes doutrinárias que buscam explicar os direitos da personalidade, quais sejam, a positivista e jusnaturalista. Sobre a primeira corrente os autores pontuam ser o ponto central a ideia de que os “[...] direitos da personalidade devem ser somente aqueles reconhecidos pelo Estado, que lhes daria força jurídica. Não aceitam, portanto, a existência de direitos inatos à condição humana” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 188).

Já a corrente jusnaturalista distingue-se da primeira, visto que “destaca que os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas naturalmente pelo homem, verdadeiros atributos inerentes à condição humana” (GAGLIANO; PAMPLONA: 2014, p. 188). Entretanto, deve sempre ser preservada a condição humana como um valor a ser tutelado, independentemente da corrente adotada.

Anote-se, ainda, que a doutrina busca classificar os direitos da personalidade, sendo que o presente estudo se pauta na classificação apresentada por Bittar (2008) que, por sua vez, adota os ensinamentos de Limongi França. E o autor pontua:

Os bens jurídicos que ingressam como objetos no centro dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais) e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoa; o direito moral do autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros (BITTAR, 2008, p. 64).

A primeira categoria visa cuidar dos atributos extrínsecos que individualizam a pessoa; Na segunda, o bem jurídico protegido é incolumidade psíquica e intelectual do ser, tendo em vista a sua necessidade para o bem estar e dignidade. Quanto à terceira categoria, assegura os direitos morais do sujeito, ou seja, uma proteção em face à sociedade.

No presente trabalho acadêmico serão abordados os direitos da personalidade atinentes à temática principal, ou seja, àqueles que são indispensáveis para assegurar à sua condição.

Direito à integridade física consiste em preservar o corpo, materialmente considerado, além da lucidez mental do ser. Desde a concepção, a pessoa deve ser protegida de quaisquer tipos de violência, ou atos prejudiciais à sua saúde. A referida proteção é dever da família e do Estado, de acordo com o determinado

constitucionalmente. Verifica-se assim, o papel de relevo que a família constitui para o ser humano. Bittar descreve o bem jurídico tutelado:

O bem jurídico visado é a incolumidade física e intelectual. Preservam-se, com o direito reconhecido, os dotes naturais e os adquiridos pela pessoa, em nível físico e em nível mental, profligando-se qualquer dano ao seu corpo ou à sua mente. Condenam-se atentados ao físico, à saúde e à mente, rejeitando-se, social e individualmente, lesões causadas a normalidade funcional do corpo humano, sob os primas anatômico, fisiológico e mental

A integridade física busca assegurar, em apertada síntese, o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana (BITTAR, 2008, p. 77) é "a proteção jurídica objetiva evitar à pessoa o sofrimento físico, o prejuízo à saúde ou a perturbação às faculdades mentais".

O direito ao corpo também faz parte da integridade física. O corpo é o meio pelo qual a pessoa realiza sua missão no mundo, é o instrumento que possibilita exercer sua função natural (BITTAR, 2008). A personalidade se inicia com o nascimento com vida, ou seja, quando o corpo do novo ser se desvincula com o de sua genitora, passa a figurar como ente autônomo, devendo o seu corpo ser protegido. É por conta dele que todos os demais atributos subsistem.

Na análise deste direito é possível notar uma exceção à característica da indisponibilidade. Contudo, o sujeito pode autorizar a extirpação de partes anatômicas do seu corpo em prol da saúde, de acordo com o art. 13 do Código Civil, segundo explicação de Diniz (2014, p. 140):

*Só por exigência médica será possível a supressão de partes do corpo humano **para preservação da vida ou da saúde do paciente.** Reforça tal ideia o Enunciado n. 6, aprovado na Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), que assim dispõe: "A expressão exigência médica, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente". E o Conselho da Justiça Federal no Enunciado n. 276 (aprovado na IV Jornada; de Direito Civil) esclarece: "O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil" (grifo nosso).*

Diante desse enunciado não restam dúvidas acerca da interpretação do dispositivo em questão, visto que esse instrumento serve de orientação para autorização de procedimentos médicos, cujo objetivo é garantir a qualidade de vida.

Ademais, seria um contrassenso não autorizar essa intervenção cirúrgica, enquanto se permite àquelas de cunho puramente estético, e totalmente desnecessária às pessoas que mantêm perfeitas condições físicas. Ao autorizar o procedimento, o ordenamento jurídico brasileiro está apenas efetivando direitos previstos constitucionalmente, como direito à saúde e dignidade da pessoa humana, bem como implementando as políticas públicas necessárias para garantir o direito sobre o próprio corpo.

Por outro lado, tem-se o direito à imagem. A imagem é o que projeta o ser humano na sociedade, a composição de características físicas, segundo entendimento de Bittar (2008, p. 94):

Consiste no direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade. Incide, pois, sobre a conformação física da pessoa, compreendendo esse direito um conjunto de caracteres que a identifica no meio social. Por outras palavras, é o vínculo que une a pessoa à sua expressão externa, tomada no conjunto, ou em partes significativas.

Por esta razão, é tida como um atributo da personalidade, ou seja, um bem jurídico tutelado, passível de punição em caso de desrespeito. Há previsão constitucional, incluído no rol dos direitos fundamentais:

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

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

Portanto, verifica-se que o direito ao corpo e a integridade física garantem o direito à imagem. No presente trabalho acadêmico esse direito assume um papel significativo.

O direito à liberdade integra a categoria dos direitos de ordem psíquica da classificação apontada (BITTAR, 2008) e é próprio do Estado Democrático de Direito. A liberdade é um conceito jurídico extremamente complexo. Está relacionada ao poder de autodeterminação de cada sujeito. Porém, por óbvio que não existe liberdade absoluta.

Contudo, tal direito deve ser exercido dentro de limites aceitáveis socialmente e que não fira direitos de terceiros. A manifestação desse direito tem implicação em todas as esferas de sua vida:

O bem jurídico protegido é a liberdade, que se pode definir como a faculdade de fazer, ou deixar de fazer, aquilo que a ordem jurídica se coadune. Vale dizer: é a prerrogativa que tem a pessoa de desenvolver, sem obstáculos, suas atividades no mundo das relações (BITTAR, 2008, p. 105).

É o direcionamento de suas ações de acordo com suas convicções pessoais para o alcance de seus objetivos, não podendo terceiro criar obstáculos que limitem o exercício do direito. No âmbito civil, há ampla utilização desse direito, embora possa ser limitado em algumas situações. Mas a exceção para o exercício dele é mais facilmente visualizada no direito penal.

Cabe ao Estado e aos particulares respeitarem os caracteres psíquicos do ente, abstendo-se de interferir nessa estrutura, visto que é aspecto interno da personalidade, fazendo parte do conjunto individualizador do ser (DINIZ, 2014).

O direito de identidade compõe a categoria de ordem moral dos direitos da personalidade. A palavra "identidade" tem sentido amplo, entretanto, aqui se pode compreender como um conjunto de elementos que visam individualizar a pessoa. Esse direito integra o sujeito a um grupo familiar, demonstrando a sua origem. Ademais, evita confundir o titular com outrem, possibilitando ser lembrado mesmo que ausente. É o elo entre o indivíduo e a sociedade (BITTAR, 2008).

Quando a família sabe que existe um ser em formação, começam a criar expectativas sobre como ele será e principalmente, para referir-se à ele dá-se um nome. Isso cria um vínculo entre a criança e os pais. O novo ser humano é individualizado antes mesmo de vir ao mundo externo. Desse modo, como destaca Tomaszewsk (2013, p. 188), "Individualizar o ser humano é algo tão antigo quanto a

sua origem, pois desde os primeiros contatos com o mundo exterior e com os seus semelhantes isto deveria ocorrer de alguma maneira’.

O direito à identidade não congrega somente o direito ao nome, existem outras nuances que permeiam esse enunciado:

A identidade sexual é considerada como um dos aspectos fundamentais da identidade pessoal, que possui uma estreita ligação com uma pluralidade de direitos, que permitem o livre desenvolvimento da personalidade que possui em seu conteúdo, a proteção à integridade psicofísica, a tutela da saúde e o poder de disposição de partes do próprio corpo, pela pessoa (SZANIAWSKI, 1988, p. 34).

Por outro lado, a identidade consagra o direito ao nome, positivado no Código Civil Brasileiro, no art. 16. O prenome é palavra ou expressão que designa alguém, por exemplo, João ou Maria. É aquele nome que os genitores ou responsáveis escolhem para a pessoa. Pode ser simples, como os que foram mencionados, ou compostos. O prenome composto pode ser “Ana Maria”, “João Vitor”. Vê-se que o prenome não é uma opção do titular, pois quando da sua designação o mesmo ainda é incapaz cognitivamente (GOMES, 2010).

O prenome é de livre escolha dos pais, sendo vedado apenas àqueles nomes que possam causar constrangimento ou humilhação à pessoa. Por esta razão, tal decisão é de extrema importância, tendo em vista que a Lei 6.015 tenta coibir esse tipo de situação (TOMASZEWSKI, 2013).

Importante destacar que o oficial do registro pode se recusar a registrar a criança com prenome que cause constrangimento. E se mesmo assim, os genitores insistirem, deverão recorrer ao judiciário para dirimir a controvérsia, além de comunicar formalmente ao oficial sobre a providência - art. 55, § da Lei 6.015/1973 (TOMASZEWSKI, 2013). Assim, faz parte da composição do nome o patronímico ou sobrenome, “o nome da família”, este sucede o prenome. O sobrenome indica a qual família o sujeito pertence, sendo obrigatório o da ascendência paterna e facultativo o da mãe, mostrando o quão machista é o nosso ordenamento jurídico ainda. Sempre será possível saber quem é a mãe biológica da criança, enquanto o pai muitas vezes se esquia de suas responsabilidades.

Ademais, existe o agnome. Segundo Tomaszewski (2013, p. 190) são “sinais distintivos de pessoas constantes de uma mesma família, como Júnior, Neto, Filho, Sobrinho. Pode dar-se também de forma ordinal, qual seja, Primeiro, Segundo, Terceiro ou mesmo I, II, III”.

Por outro lado, verifica-se que o Código Civil faz referência à figura do pseudônimo. Assim, o pseudônimo pode ser protegido da mesma forma que o prenome, e o seu uso não acarreta a perda do prenome do seu assento de nascimento (GOMES, 2010).

Outrossim, pode-se verificar também a existência do apelido, ou seja, expressão que é utilizada vulgarmente para designar uma pessoa, ou alcunha, caso seja pejorativo. É possível apontar ainda, os títulos de nobreza, acadêmicos, ou qualificações de dignidade oficial, que podem ser considerados acessórios honoríficos ao nome (GOMES, 2010, p. 121).

Quanto a titularidade dos direitos da personalidade, esta é do indivíduo, que já nasce com ela, alcançando até mesmo os nascituros, “[...] que, embora não tenham personalidade jurídica, têm seus direitos ressaltados, pela lei, desde a concepção, o que inclui, obviamente, os direitos da personalidade” (GAGLIANO; PAMPLONA, 2014, p. 191).

Outrossim, os direitos da personalidade possuem características próprias, sendo: absolutos; gerais; extrapatrimoniais; indisponíveis; imprescritíveis; impenhoráveis; vitalícios; e inalienáveis. Possuem caráter absoluto por ser um direito que “[...] se materializa na sua oponibilidade *erga omnes*, irradiando efeitos em todos os campos e impondo à coletividade o dever de respeitá-los.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 194-195).

Resta claro, portanto, a relevância dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, com reconhecimento constitucional e regulamentados, como já dito, no Código Civil de 2002.

3 FAKE NEWS VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os direitos de liberdade são inerentes à pessoa humana e sua individualidade. E, ao lado dos direitos à vida, à igualdade, à propriedade e à segurança, ajudam a formar o rol dos direitos fundamentais invioláveis que estão protegidos pelo *caput* do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 (TAVARES, 2020). É, pois, um elemento essencial ao conceito de dignidade da pessoa humana, princípio-base que fundamenta o Estado Democrático de Direito e todo o sistema de direitos fundamentais previstos na Constituição.

A origem de tais direitos provém de uma ideia mais generalizada do conceito de liberdade e esteve contida inicialmente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789 durante a Revolução Francesa e considerada a primeira declaração de direitos humanos do mundo, conforme Fernandes (2013). À época, o referido documento fazia menção ao direito em questão no seu art. 4º,

que definia os direitos individuais e coletivos dos seres humanos como universais e protegia a liberdade pessoal do indivíduo contra qualquer tipo de violação, deixando-o livre para realizar suas vontades e escolhas naturais sem qualquer interferência externa. Mais tarde, o conteúdo de tal Declaração viria a servir de base também para a elaboração de outras normas posteriores, como a atual Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e em vigor desde 1948.

Nesse sentido, os direitos de liberdade, ainda hoje, mantêm um status mais amplo e funcionam como um sistema aberto de direitos e garantias fundamentais, capaz de abarcar, como num guarda-chuva, todas as outras espécies de liberdades trazidas por normas de direito internacional. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013), trata-se, basicamente, de um amplo leque de possibilidades ofertadas aos indivíduos, seja no sentido de ação ou no de omissão, permitindo a eles a manifestação de suas vontades e preferências a partir da sua própria autonomia e não apenas dos tipos específicos de liberdade mencionados pelos textos normativos. Logo, a “Constituição Federal é, portanto, também e em primeira linha, uma constituição da liberdade” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 443).

Com base nesse pioneirismo assegurado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os direitos de liberdade integram o que hoje se conhece por direitos de primeira geração. Tratam-se dos primeiros direitos fundamentais - ou verdadeiros atributos da pessoa - que foram reconhecidos e positivados pelas cartas constitucionais das principais potências econômicas do mundo. Para Bonavides (2009, p. 563), isso fez com que eles se consolidassem como direitos de resistência e oposição individuais perante o Estado, ostentando “[...] uma subjetividade que é seu traço mais característico”.

Nesse contexto a liberdade de expressão, também denominada de liberdade de manifestação de pensamento, é uma das subdivisões dos direitos da liberdade. E, como tal, também é tratada pela doutrina como um direito fundamental inalienável. Inerente, portanto, a todos os indivíduos.

Um de seus principais fundamentos envolve o conceito de dignidade da pessoa humana e, conforme Tôrres (2013) resume muito bem, não há vida digna sem que o sujeito possa expressar suas ideologias, seus desejos e suas convicções. Esse posicionamento - que resulta na relação direta entre dignidade da pessoa humana e as mais diversas formas de liberdade de expressão - é compartilhado por parte da doutrina e também por alguns dos ministros do Superior Tribunal Federal (STF), que já chegaram a se manifestar nesse sentido.

No atual texto constitucional, a liberdade de expressão está prevista em pelo menos seis dispositivos, seja de forma expressa ou indireta, sendo reconhecida e tutelada em suas mais diversas manifestações, conteúdos e meios de transmissão - incluindo aí as novas modalidades, como a comunicação eletrônica -, desde que não violentos e isentos de incitação ao ódio e ao preconceito, "principalmente aqueles que desagradam a maioria. As ideias impopulares são justamente aquelas que mais precisam ser protegidas pela liberdade de expressão, pois correm maior risco de sofrer limitações e censura" (KOATZ, 2011, p 398).

Portanto, segundo Mello (2012, p. 53), a liberdade de expressão assegura não somente a possibilidade do indivíduo se expressar livremente sobre o que pensa, mas também a possibilidade das demais pessoas terem a oportunidade de conhecer o pensamento e as ideias alheias, para, com isso, vir a formar sua própria opinião e seu próprio juízo. Isso possibilita, ainda, o saudável intercâmbio de ideias e informações entre os indivíduos. Portanto, "para que a liberdade de expressão possa ser plenamente exercida, o direito de a pessoa expressar e difundir o seu pensamento deve vir acompanhado do direito de conhecer o pensamento de outras pessoas".

Para Silva (2015), a partir do momento que ganha dimensão coletiva e alcança o status de direito à informação e interesse geral, a liberdade de expressão deixa de ser mera função individual para tornar-se uma função social. Essa seria, segundo o autor, uma forma de vincular o indivíduo ao mundo e à realidade ao seu redor para que ele possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, tomar as decisões que lhe são cabíveis.

Tal conexão faz com que a liberdade de expressão esteja diretamente em sintonia com a estrutura democrática do Estado, dando garantia de voz aos cidadãos e funcionando como um instrumento necessário para a sua consolidação. Para isso, basta apenas lembrar (sem a necessidade de uma análise mais profunda) que, ao longo de todos os períodos autoritários da história constitucional brasileira, a liberdade de expressão sempre esteve suprimida ou sob algum tipo de restrição, como forma de estabelecer a censura e o controle do Estado perante publicações não autorizadas que, em desobediência, recebiam punições criminais, como ameaças e até prisões (MELLO, 2012).

Dessa forma, pode-se afirmar que apenas em um ambiente que permite a liberdade de expressão será possível desenvolver o livre mercado de ideias para que cada indivíduo possa inferir suas conclusões, alcançar o conhecimento de determinado assunto e formar suas próprias opiniões e juízo de valor. "É a audiência, portanto, e não o governo, que deve julgar o valor das informações e opiniões que recebe" (MELO, 2012, p. 24).

De encontro a isso, percebe-se que a liberdade de expressão encontra, portanto, seus primeiros limites no próprio (e legítimo) julgamento do público consumidor, o que acaba por limitar o seu caráter absoluto e impedir ao indivíduo manifestar ou fazer tudo aquilo que quiser.

Com esse raciocínio, o interesse daquele que está manifestando seu pensamento deveria ceder espaço para o interesse daqueles que estão sendo expostos ao pensamento ou manifestação artística ou cultural, ou seja, por toda uma vizinhança de direitos dos demais membros da coletividade que estariam sendo lesionados (FERNANDES, 2013, p. 372-373).

Na prática, segundo o referido autor, a ponderação da liberdade de expressão deve ser “analisada à luz de um caso concreto, não cabendo (a priori) uma delimitação absoluta sobre o exercício da liberdade de expressão [...] ou a falta da mesma” (FERNANDES, 2013, p. 370).

Porém, não há direito fundamental absoluto. Logo, a manifestação do pensamento, da expressão e da informação, ela não pode ser exercida de forma abusiva ou para desenvolver atividades ou práticas ilícitas, como a apologia ao crime e o antissemitismo, por exemplo.

Neste caso, todos os pensamentos e opiniões que normalmente estariam protegidos pela liberdade de expressão podem obter o efeito contrário e resultar na responsabilidade daquele que os manifestou, se for o caso de ter ocorrido ofensas e violação aos direitos de outrem - principalmente se esses direitos forem da mesma natureza (direitos fundamentais) e de igual hierarquia normativa da liberdade de expressão.

Portanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, sendo que nas hipóteses em que o exercício da liberdade de pensamento e expressão fere direito constitucionalmente consagrado de outrem, há de existir a devida limitação e punição. Vê-se que, apesar de ser proibida a censura e dispensada a licença, deve haver a responsabilização daqueles que praticarem abuso no exercício do seu direito de liberdade de expressão.

Em se tratando das *fake news*, não há dúvidas de que estas ultrapassam o campo da imoralidade, pois as notícias falsas possuem potencial devastador, a ponto de alterar um cenário política, corroborar para que determinada empresa tenha seu papel no mercado comprometido, ou mesmo culminar no linchamento de uma pessoa. É, pois, muito além de imoral, causa danos às pessoas.

Portanto, para Dworkin (2007), a criação de normas que limitem a liberdade de expressão, por exemplo, para obstar crimes de ódio ou *fake news*, não é medida

arbitrária, mas sim uma forma de assegurar direitos outros, como a integridade, a privacidade, a vida, dentre outros direitos fundamentais.

Desta feita, as *fake news* não apenas são imorais, mas atingem, como já dito, a sociedade, causam impactos negativos e, por isso, justifica a adoção de princípios restritivos. Logo, embora o direito deva se abster de interferir na vida privada, de condenar determinadas práticas, deve também considerar que embora a sociedade seja livre, quando o sentimento público é forte, duradouro, quando há indignação, repulsa, justifica-se restrições (DWORKIN, 2002). Exatamente nesse contexto é que a limitação à liberdade de expressão ganha relevo, pois tal princípio é restringindo em prol do bem-estar coletivo, da preservação da privacidade, da vida privada, para repelir condutas abomináveis, que devem ser extirpadas pelo Direito.

Na análise de colisão de conflitos e a ponderação de valores, quando colide a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, o resultado deve ser inclinado na proteção da pessoa humana. Deve ser desenvolvido um processo de ponderação para solucionar o conflito derivado da colisão, pois não pode atribuída primazia absoluta a um ou a outro princípio de direito. Deve ser assegurada a aplicação das normas conflitantes, mas, no caso concreto, uma delas pode sofrer atenuação em favor da outra.

Saber onde se fixa o limite entre a liberdade de expressão e a privacidade da informação, apenas o caso concreto vai dizer (FLORÊNCIO FILHO, 2014). Contudo, no sentir de Florêncio Filho (2014, p. 32) sobre a colisão entre os dois princípios é possível afirmar:

Na verdade, o que se está a aplicar no choque entre os princípios da liberdade de expressão e violação do direito alheio, ou à privacidade da informação, é o princípio da proporcionalidade, que se coaduna com os ditames do Estado Democrático de Direito.

O que o autor sustenta e demonstra ser aplicado também pela jurisprudência pátria é a aplicação do princípio da proporcionalidade quando há colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da privacidade, de modo que não seja tolhido o direito constitucional da ampla liberdade de expressão, mas que não seja incondicionado, pois jamais poderá ser tido como absoluto diante da possibilidade real de configuração de abuso a outros direitos da mesma categoria, como o direito à proteção da privacidade e à intimidade (FLORÊNCIO FILHO, 2014).

Destarte, quando a divulgação de notícias falsas, por qualquer meio, viola direitos da personalidade, a exemplo da honra, vida privada, nome, dentre outros, não pode ser concebida como liberdade de expressão, mas sim como prática ilícita, capaz de gerar a responsabilização daquele que a divulgou.

A problemática da responsabilização do agente que divulgou *fake news* já foi enfrentada, em mais de uma oportunidade, pelos Tribunais Superiores, a exemplo do Superior Tribunal de Justiça. Trata-se de recurso em habeas corpus nº 111.883-PA, de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas. Impetrado por Glaucia Rodrigues Brasil Oliveira, em desfavor do Ministério Público do Estado do Pará, a recorrente aduz, em apertada síntese, a ilegitimidade ativa do Ministério Público para propositura da ação penal e a decadência do direito de representação, já que transcorreu o prazo de sete meses entre o oferecimento da denúncia e a ocorrência dos fatos. E, ainda, suscitou inépcia da denúncia e ausência de justa causa, pleiteando o trancamento da ação penal (BRASIL, 2019a).

A recorrente foi denunciada pela prática dos crimes previstos nos arts. 288, 138, 139 e 140, todos do Código Penal, por integrar associação criminosa cujo objetivo era a divulgação, em redes sociais, de notícias falsas, em detrimento da honra de políticos e autoridades do município de Tucuruí-PA, tidos como adversários políticos (BRASIL, 2019a).

Contudo, há de se ressaltar que a discussão, no âmbito do STJ, no caso em comento, foram quatro a presença ou não de elementos a justificar a ação penal, já que se trata, repita-se, de recurso em habeas corpus objetivando o trancamento da ação pena. Nesse contexto é que o órgão julgador reconheceu a presença de elementos justificadores da persecução penal, negando provimento ao recurso ao argumento de que não restou demonstrada ilegalidade a permitir a intervenção da Corte (BRASIL, 2019a).

Na seara civil, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do agravo em recurso especial nº 1.604.554-SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, conheceu do agravo sem, contudo, conhecer do recurso especial, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em apelação interposta por Francisco das Chagas Francilino, contra decisão que não admitiu o recurso especial (BRASIL, 2019b).

O recorrente buscou a reforma da decisão que deixou de condenar os recorridos à reparação civil de danos de natureza extrapatrimonial por divulgar, em vídeos do Youtube, conteúdo prejudicial à imagem do autor, candidato à reeleição em sua cidade, para o cargo de vereador (BRASIL, 2019b).

Merece especial atenção, ainda, o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572-DF. Trata-se de ação ainda em curso, proposto pelo Partido Político Rede Sustentabilidade, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. De relatoria do Ministro Edson Fachin, foi analisada, até o presente momento, a medida cautelar.

Cumpra esclarecer que a ADPF em comento busca a declaração da inconstitucionalidade da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, que ocasionou a abertura do Inquérito nº 4781, editada pelo Ministro Dias Toffoli, à época Presidente do STF, cujo objetivo é a investigação de notícias falsas, denúncias caluniosas, ameaças e infrações como calúnia, injúria e difamação, divulgadas contra integrantes da mais alta Corte e que, por isso, ultrapassam os limites da expressão de opinião. Busca, portanto, através do referido Inquérito, apurar a responsabilização penal de fatos não delimitados e contra pessoas a serem investigadas, motivo pelo qual seria a Portaria inconstitucional (BRASIL, 2020).

Em seu voto o Ministro Ricardo Lewandowski, ao analisar a medida cautelar, conheceu da ADPF, apesar das preliminares tecidas pela Advocacia Geral da União. E, considerando a convocação da análise da medida cautelar em julgamento de mérito, se pronunciou pela improcedência total do pedido, por entender que a Portaria editada pelo Presidente do STF não viola os preceitos constitucionais, já que não foi instituído um juízo de exceção, pois apurado os fatos será então instaurada a ação penal junto ao juízo competente (BRASIL, 2020).

Outrossim, ressaltou o Ministro que o objeto da investigação não é aleatório ou genérico, pois versa sobre fatos certos, delimitados, o que, somado à responsabilidade que detém o Presidente do STF, na defesa da instituição e dos seus integrantes, principalmente no que tange o bom nome, a honorabilidade dos servidores e seus familiares, mas também a segurança destes, e considerando as consequências danosas das *fake news*, justifica a atuação do Poder Judiciário na responsabilização dos responsáveis (BRASIL, 2020).

Semelhante posicionamento adotou o Ministro Dias Toffoli, ao analisar a medida cautelar. E, acompanhando o posicionamento do Ministro Relator, Edson Fachin, manifestou-se pela improcedência integral da ação, por entender que apurar os vestígios dos ilícitos praticados, por meio da difusão de *fake news*, é motivação suficiente para a tramitação do inquérito em sigilo, o que não viola princípios constitucionais, mas preserva principalmente a mais alta Corte do país (BRASIL, 2020).

Além da seara jurisprudencial, as *fake news* também fomentam debates no âmbito do Poder Legislativo. Trata-se do Projeto de Lei nº 2.630/2020, que cria a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. De autoria do Senador Alessandro Vieira, o texto aprovado no Senado Federal, em junho do corrente ano, é o substitutivo apresentado pelo Relator, Senador Ângelo Coronel. E, como era de se esperar, os debates no Congresso Nacional são acirrados, pois enquanto alguns defendem a importância de se fortalecer a democracia, com a redução da desinformação, outros vislumbram problemas como a censura.

De acordo com Rodas (2020), o Projeto de Lei em comento clama maior discussão com a sociedade, pois o texto aprovado pelo Senado Federal, e que seguiu para a Câmara dos Deputados, pode estimular a censura e definições arbitrárias do que vem a ser considerado notícias falsas.

Ainda segundo o autor, não há sequer consenso, dentre os estudiosos do tema, quanto ao conceito de "desinformação" e, por conseguinte, do que será reconhecido como *fake news*. Logo, a ampla liberdade na definição de conceitos centrais pode levar, segundo Rodas (2020), a arbitrariedades.

Não se pode ignorar, porém, que o foco principal do projeto é a punição daqueles que se valem de perfis falsos para emitir opiniões em detrimento do direito à honra, à imagem, à privacidade, dentre outros direitos da personalidade (BRASIL, 2020).

Contudo, como relatado pela o Senador Alessandro Vieira, autor da Emenda Substitutiva, como já dito, a desinformação, na atualidade, é um inimigo comum, ou seja, do Estado e da sociedade, e ataca autoridades, governantes e também a imprensa (BRASIL, 2020). Logo, há o reconhecimento de que os meios de comunicação exercem importante papel na difusão de informações e, por isso, não podem difundir notícias falsas.

Resta evidente, portanto, que muito ainda precisa ser debatido, principalmente porque eventuais medidas legislativas para obstar a difusão de notícias falsas não pode mitigar a liberdade de expressão em suas diversas modalidades, alcançando.

CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender as *fake news* e a proteção aos direitos da personalidade, que restam afrontados quando exorbitado o direito fundamental à liberdade de expressão, direito humano consagrado em diplomas de Direito Internacional e também assegurado na Constituição Federal de 1988, dentre os direitos fundamentais.

Constatou-se que as notícias falsas, principalmente pela facilidade de proliferação das informações, na atualidade, apresentam-se como um problema que reflete em diversas searas, desde a política, perpassando pelas relações negociais e alcançando, também, a intimidade e a vida privada, gerando danos à honra.

Ainda, pelas considerações feitas, pode-se concluir que a facilidade de acesso à internet, aliado ao uso massivo das plataformas digitais de interação e ao lucrativo mercado de anunciantes, utilizados pelo usuário com perfis pessoais e por

contas programadas, têm desencadeado a propagação de notícias falsas, elevando, por conseguinte, a capacidade desse tipo de informação causar transtornos à sociedade, ao influenciar polarizações e interferir na decisão final do ouvinte.

Portanto, se é assegurada a liberdade de se expressar, como princípio fundante, a manifestação de pensamento jamais poderá ser realizado de forma desarrazoada, sem limites, com o objetivo único de difundir informações falsas. E, considerando que muitas pessoas difundem e compartilham notícias sem se preocupar com a veracidade ou a fidedignidade da fonte, a difusão das *fake news* é cada vez mais fácil.

Constatou-se, ainda, que quando se confronta a liberdade de expressão com as *fake news*, conclui-se que esta não está englobada naquela. As *fake news* são atos comunicativos ausentes de valor de expressão; e, não sendo expressão, não são protegidas pelo princípio da liberdade de expressão. Ora, sendo elas conceituadas como “notícias falsas”, possuem como intuito enganar e desinformar os cidadãos, não se adaptando, sobremaneira, aos valores expressos na Constituição Federal de 1988. Logo, deve ser rechaçada, e jamais tuteladas pelo Direito, sem que isso configure censura.

Mais do que isso, em um contexto em que as redes sociais possuem papel primordial na vida das pessoas, estas são usadas como palco para a disseminação viral das *fake news*. Motivadas por fins pecuniários ou ideológicos, atentam, de igual forma, contra princípios fundamentais, a exemplo do direito à vida, à privacidade, à intimidade, além de ferir a democracia, ao passo que desvirtuam a opinião pública com informações sabidamente falsas.

Como restou demonstrado, este processo não se restringe ao Brasil, atinge o mundo de maneira global. Por conseguinte, é possível reconhecer que as *fake news* é mecanismo de poder, embora dotadas pelo discurso vazio. Portanto, o uso de *fake news* é perigoso e possibilita a ação com vieses democráticas e tomadas de poder autoritárias. Por conseguinte, cabe ao Judiciário fazer prevalecer o princípio da liberdade de expressão.

Exatamente por isso é cada vez mais comum que os indivíduos busquem, junto ao Poder Judiciário, a responsabilização penal e civil daqueles que são os responsáveis pelas *fake news*. Contudo, não há, no Brasil, uma norma específica, a regulamentar a questão. Invoca-se, para tanto, além de princípios constitucionais e dispositivos insertos na Constituição Federal, que tratam da questão de forma genérica, também artigos do Código Penal e do Código Civil, a depender da natureza da responsabilização pretendida.

Nesse cenário é que ganha relevo o projeto de Lei do Senado, nº 2.630/2020, aprovado no Senado Federal em junho do corrente ano e em tramitação na Câmara dos Deputados. Contudo, a proposição em comento é alvo de críticas; e, apesar de parcos os estudos, percebe-se que uma das principais é o escasso debate com a sociedade civil.

Destarte, resta evidente os malefícios das *fake news* e a necessidade de se estabelecerem meios para o seu enfrentamento, pois vai de encontro ao princípio da liberdade de expressão, conquista da humanidade que não se coaduna com a divulgação de informações falsas, que comprometem a democracia e corrobora para a desinformação da sociedade.

REFERÊNCIAS

BALEM, Isadora Forgiarini. O Impacto das *Fake news* e o Fomento dos Discursos de Ódio na Sociedade em Rede: A Contribuição da Liberdade de Expressão na Consolidação Democrática. **In: Anais do 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede.** Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/1-12.pdf>. Acesso em: 19 set. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. (Constituição de 1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 out. 2020.

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> Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 111.883/PA**, Relator Ministro Ribeiro Dantas, julg. 18 dez. 2019a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201803305719&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.604.554-SP**, Relator Ministro João Otávio de Noronha, julg. 16 dez. 2019b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903121671&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 572-DF**, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, Medida Cautelar, 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 20 out. 2020.

BUSSULAR, Luís Filipe. O impacto das *Fake news* na vida em sociedade. **Jus Brasil**, 2018. Disponível em: <https://lfbussular.jusbrasil.com.br/artigos/577903609/o-impacto-das-fake-news-na-vida-em-sociedade>. Acesso em: 19 set. 2020.

CALEGARI, Luiza. Afinal, o que acontece com quem pública (e divulga) *fake news*? **Exame**, 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/afinal-o-que-acontece-com-quem-publica-e-divulga-fake-news/#>. Acesso em: 19 set. 2020.

CARVALHO, Mariana Freitas Caniello de; MATEUS, Crislielle Andrade. *Fake news* e desinformação no meio digital: análise da produção científica sobre o tema na área de ciência da informação. **V Encontro Regional dos Estudantes de Biblioteconomia, Documentação, Gestão e Ciência da Informação das Regiões Sudeste, Centro-Oeste e Sul**. Belo Horizonte, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/moci/article/view/16901/13660>. Acesso em: 12 set. 2020.

CHRISTOFOLETT, Rogério. Padrões de manipulação no jornalismo brasileiro: *fake news* e a crítica de Perseu de Abramo 30 anos depois. **Dossiê**, n. 23, v. 12, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://objethos.files.wordpress.com/2018/06/padrones-de-manipulacao-no-jornalismo-brasileiro-fake-news-e-a-critica-de-perseu-abramo-30-anos-depois.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

DARNTON, Robert. **A verdadeira história das notícias falsas**. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/28/cultura/1493389536_863123.html. Acesso em: 20 set. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil, v. 1. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. A Conferência Maccorckle de 1984: as ambições do Direito para si próprio. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 8, p. 9-31, jul./dez. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: teoria geral. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELLO, Rodrigo Gaspar de. **A censura judicial como meio de restrição da liberdade de expressão: análise comparativa da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e do Supremo Tribunal Federal**. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC), Rio de Janeiro, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: parte geral**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PEREIRA, Rubens de Lyra; NASCIMENTO, Verônica Batista. Notícias falsas e pós-verdade. In: BEZERRA, Clayton da Silva (Org.). **Combate às fake news**. São Paulo: Posteridade, 2019.

PINTO, Pedro José Rodrigues. **Fake news e social media em Portugal: conceitos, realidade e hipóteses**. O caso da página “Os truques da imprensa portuguesa”. 2018, f. 298. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Letras da Universidade de Porto, Porto, 2018. Disponível em: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/119799/2/333946.pdf>. Acesso em: 29 set. 2020.

RODAS, Sérgio. Aprovado às pressas, projeto contra *fake news* pode estimular censura. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-03/projeto-fake-news-estimular-censura>. Acesso em: 12 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Alessandra Mara de Freitas; SILVA, Cristian Kiefer da. O problema da tipificação dos crimes informáticos: aspectos controversos a respeito da aplicação do artigo 154-A da Lei nº 12.737/2012 “Lei Carolina Dieckmann”. **Publica Direito**, 2014. Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2a5b63fbaadcaa8c>. Acesso em: 19 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SODRÉ, Paulo Cezar Alves. *As fakes News e a propaganda eleitoral: da liberdade de expressão à legitimidade do processo eleitoral*. In: FUX, Luiz; PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; ALVIM, Frederico Franco; SESCONETTO, Julianna Sant’ana. **Direito Eleitoral: Temas Relevantes**. Curitiba: Juruá, 2018.

STANGER, Andreia Cristiane. *Fake news? Comportamento*. In: BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTI, Giovani Celso (Org.). **Combate às fake news**. São Paulo: Editora Posteridade, 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual**: estudo sobre o transexualismo: aspectos médicos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SZAPACENKOPF, Marta. Homem e mulher vítimas de boatos são espancados na Região dos Lagos, no Rio. **G1**, 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/homem-mulher-vitimas-de-boatos-sao-espancados-na-regiao-dos-lagos-no-rio-21168325>. Acesso em: 19 set. 2020.

TAVARES, André. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários à lei de Registros Públicos**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./dez. 2013. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502937/000991769.pdf?sequence=1>. Acesso em: 08 out. 2020.

PREQUESTIONAMENTO E QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E NO RECURSO ESPECIAL

FLÁVIA OSMARIN TOSTI MENEGON: Bacharela em Direito pela Faculdade Barão do Rio Branco. Aprovada para o Exame Unificado n.º 2010/01 da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG. Pós-graduada em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade CERS, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com o Curso CEI. Exerceu os cargos de Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Acre e do Ministério Público do Estado do Acre, de Advogada Pública da Secretária Estado da Gestão Administrativa do Acre e de Analista Processual do Ministério Público do Estado do Acre.

LEONARDO GRILLO MENEGON

(coautor)⁹

RESUMO: O presente trabalho gravita em torno do prequestionamento e, mormente, examina o conhecimento das questões de ordem pública no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e no Recurso Especial (REsp) pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a fim de analisar o panorama doutrinário da temática em apreço, bem assim o painel jurisprudencial no âmbito dos Tribunais de Superposição, notadamente sob o prisma do “Código Buzaid”.

Palavras-chave: Prequestionamento, Questões de Ordem Pública, Recursos Excepcionais, Tribunais de Superposição.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Função e Finalidade do STF e do STJ. 3. Objetivo e Importância do RE e do REsp. 4. Pressupostos de Admissibilidade Específicos. 4.1 “Causa Decidida”. 4.2 Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública. 4.2.1 Prequestionamento. 4.2.2 Questões de Ordem Pública. 4.2.3 Necessidade de

⁹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Aprovado para o Exame Unificado n.º 2009/03 da Ordem dos Advogados do Brasil. Pós-graduado em Direito aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Exerceu o cargo de Assessor Jurídico no âmbito da Defensoria Pública e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Atualmente é Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Prequestionamento das Questões de Ordem Pública. 5. Referencial Teórico: A jurisprudência emanada pelo c. STJ. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

De início, à luz do Código de Processo Civil anterior, o objeto central desta pesquisa visa ao esclarecimento da necessidade (ou não) do prequestionamento, como requisito para o cabimento do RE e do REsp, de questão de ordem pública, a qual, via de regra, resta reconhecida em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Antes, contudo, uma observação.

Não se diga que a referida discussão se assenta em mera firula doutrinária, tampouco se realize perfunctória crítica a respeito desta perquisição, porquanto, ao que se verificava, a controvérsia era intrincada, com *notáveis* reflexos no curso do processo adjudicado.

Pois bem. Volte-se à problemática em apreço.

O presente estudo ocupa-se, pois, de identificar, abreviadamente embora, a função e a finalidade do c. STF e do c. STJ, a partir de normas, princípios e instituições relacionados, bem assim os objetivos do RE e do REsp, seus requisitos, e, por fim, a relevância da interpretação uniforme da Constituição Federal de 1988 e das Leis Federais, especialmente nos últimos anos, em que a jurisprudência passou a representar *verdadeira* fonte jurídica.

Como é cediço, atribuiu-se à Suprema Corte a guarda da Lei Fundamental, ao passo que, ao Tribunal da Cidadania, outorgou-se o dever de zelar pela legislação federal, o que, nada obstante, não os tornam órgãos de simples revisão, *frise-se*.

Nesse compasso, o presente trabalho buscou avaliar a necessidade de entender os referidos Tribunais de Superposição, na forma da CF/88, como órgãos cujas principais funções consubstanciam a uniformização da questão ventilada, a fim de tutelar a higidez do direito objetivo.

No entanto, antes de se adentrar no cerne da questão *propriamente dita*, alinhavou-se o modelo constitucional do RE e do REsp, especialmente relacionado à necessidade (ou não) do prequestionamento envolvendo matéria de ordem pública.

Nesse contexto, restou desenvolvida a compatibilidade da processualística estampada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao abrigo do CPC/1973, mormente oriunda do c. STJ, sob o prisma da cognominada “causa decidida”, isto é, da matéria decidida em única ou última instância.

Com efeito, o prequestionamento – requisito basilar de interposição dos Recursos Excepcionais – restou analisado nos termos da jurisprudência *dominante*, à época, no âmbito dos Tribunais Superiores.

Em suma, revelou-se o divergente cenário doutrinário acerca do objeto, ora em discussão, o qual, consabidamente, fundamentava-se em significativas correntes teóricas sendo relevante, ainda, a visão jurisprudencial não-unânime, naquele momento, *destaque-se*, a respeito da matéria em apreço, pelo registro de arestos das decisões paradigmáticas daquelas Cortes de Justiça.

Eis as considerações iniciais para o prosseguimento das reflexões objeto deste estudo. Senão vejamos.

2. Função e Finalidade do STF e do STJ

Como dito alhures, a função jurisdicional, também chamada de judicial, consubstancia a atividade por meio da qual o Estado realiza uma de suas funções políticas. Deocleciano Torrent Guimarães dicionariza jurisdição como “função do Estado, exercida através do juiz dentro do processo para solução de um litígio”¹⁰.

Pois bem. Em relação à função e à finalidade do c. STF e do c. STJ, verifica-se que, ao primeiro, cumpre, dentre outras atribuições ditadas pela CF/88, salvaguardar o Magno Texto Republicano, no tempo em que, ao segundo, impende – entre outras colocações descritas constitucionalmente – resguardar a legislação infraconstitucional, em juízo de *sobreposição*.

Ademais, a matéria de competência do c. STF está disposta no art. 102, do Estatuto Básico, sendo certo que, “compete-lhe a guarda da Constituição, preservando e interpretando as normas constitucionais. Nessa função de preservar a interpretar as normas da Constituição Federal, deve-se considerar inserida a função de *uniformizar* a jurisprudência nacional quanto à interpretação das normas constitucionais”¹¹.

Do mesmo modo, o art. 105 da Carta Cidadã trata das matérias de alçada do c. STJ, que nesse mister “mantém a função de interpretar a legislação infraconstitucional, corrigindo ilegalidades cometidas no julgamento de causas, em última ou única instância, pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais de

¹⁰ GUIMARÃES, Deocleciano Torrent. Dicionário Técnico Jurídico. 9ª ed. São Paulo: Rideel, 2007, p. 382.

¹¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 302.

Justiça”¹². Além de “interpretar e preservar a legislação infraconstitucional, insere-se um outra função do STJ: *uniformizar* a jurisprudência nacional”¹³.

Impende mencionar, outrossim, que se trata de orientação pacífica nos Tribunais de Superposição em não admitir Recursos Excepcionais para a simples revisão de fatos e provas, uma vez que se prestam, essencialmente, ao controle da higidez do direito objetivo, *repise-se*.

Isso porque, na realidade, tais questões deverão ser totalmente resolvidas nas instâncias inferiores, esgotando-se, assim, todos os possíveis recursos, como será adiante alinhavado. Nesse sentido, a jurisprudência cristalizada nos enunciados dos Tribunais Superiores. *In verbis*:

Súmula 279-STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

Súmula 7-STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

Em verdade, entendimento diverso remeteria às referidas Cortes a análise de todo o conjunto fático-probatório, o que, conseqüentemente, ensejaria a movimentação de todo o aparato estatal, abarrotando, ainda mais, o Poder Judiciário, com o intuito de se discutir, uma vez mais, toda a matéria incansavelmente decidida, estendendo, de forma desproporcional, a tramitação do processo.

De mais a mais, com o fim de levar a demanda para a decisão do c. STF e/ou do c. STJ, por meio dos recursos em pesquisa, deverá, o ora recorrente, observar a regularidade formal para sua interposição, sob pena de restarem ausentes os requisitos indispensáveis de seu cabimento, bem como de sua admissão.

Assim, considerando, pois, que as questões de fato e prova não se revelam aptas a determinar o cabimento do RE e do REsp, por conseguinte, se interposto por esse fundamento, não será possível seu acolhimento em casos tais.

3. Objetivo e Importância do RE e do REsp

É de se ressaltar que, em relação ao RE, “as restrições que têm sido impostas ao seu cabimento (v.g., a súmula vinculante e a repercussão geral) demonstram sua importância crescente, e a necessidade de o Supremo Tribunal Federal ater-se,

¹² Idem, ibidem, p. 302.

¹³ Idem, ibidem, p. 302.

detidamente, sobre as questões efetivamente importantes que colocam em cheque a Constituição Federal e a Federação”¹⁴.

Para mais, os requisitos do RE e do REsp – examinados em minúcias a seguir –, afinados aos objetivos acima enumerados, bem assim a importância da via recursal extraordinária, revelam potenciais restrições com o fim de “manter a unidade de entendimento do direito federal – ressalte-se, abrangendo o direito federal as normas constitucionais e as normas federais infraconstitucionais”¹⁵.

Em verdade, os Tribunais de Superposição não se prestam à análise dos Recursos Extraordinários *lato sensu* mediante simples pedido de reconsideração de fatos e provas, como dito alhures. Desse modo, sem a comprovação de que a decisão recorrida houve por bem contrariar ou negar vigência aos dispositivos da CF/88 ou da lei federal, não será permitido o uso das aludidas modalidades recursais.

Oportuno observar que, para levar a demanda para decisão pelas instâncias superiores, por intermédio do RE ou REsp, o objeto de inconformidade deverá preocupar-se com a regularidade formal para sua interposição, de modo que, ausentes os requisitos indispensáveis ao cabimento, impõe-se a inadmissão dos recursos por essas razões.

4. Pressupostos de Admissibilidade Específicos

Antes de enfrentar o tema nuclear de discussão do presente trabalho, verifica-se que, além dos pressupostos gerais exigidos para a interposição de recursos no sistema processual civil brasileiro, os de natureza extraordinária vindicam o preenchimento de requisitos específicos. Senão vejamos.

4.1 “Causa Decidida

O manejo do RE e do REsp pressupõe o esgotamento da possibilidade de discussão da matéria em apreço pelas vias ordinárias. A respeito da expressão “causa

¹⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. O cabimento do recurso extraordinário pela alínea “a” do artigo 102, III, da Constituição Federal e a “causa de pedir aberta”, conforme material de apoio da 6ª aula, da disciplina “O Processo Civil nos Tribunais Superiores”, ministrada no curso de pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG.

¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. *Tr.* O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106-113 3 p. 130-142, conforme material de apoio da 7ª aula, da disciplina “Recursos e Meios de Impugnação”, ministrada no curso de pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG.

decidida”, os permissivos constitucionais se revelam inequívocos quanto às hipóteses de interposição.

Assim gizam os reportados dispositivos da CF/88:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

III - julgar, mediante recurso extraordinário, **as causas decididas em única ou última instância**, quando a decisão recorrida: **(destacou-se)**.

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, **as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios**, quando a decisão recorrida: **(destacou-se)**.

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
- b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Explica-se. Quanto à interposição do RE, a expressão constitucional “causas decididas em única ou última instância” traduz que, enquanto não esgotadas as vias recursais pretéritas junto ao Tribunal de origem, incabível a referida modalidade recursal.

Assim, nos termos do dispositivo constitucional acima mencionado, esgotados todos os recursos outrora cabíveis contra a decisão objurgada, pode, o ora irresignado, interpor o RE.

Em outras palavras, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber, na Justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada”, na forma do enunciado da súmula n.º 281 do c. STF.

Com efeito, o vocábulo “causas” deve ser entendido de maneira ampla, contudo, não caberá o referido recurso contra *decisum* que defere medida liminar, consoante a súmula n.º 735 aprovada pelo c. STF. *In verbis*:

Súmula 735-STF: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar.

Além disso, não caberá RE em desfavor de acórdão prolatado por plenário ou por órgão especial de Tribunal em julgamento de incidente de inconstitucionalidade, conquanto seja possível em face do último julgado que soluciona a questão incidente decidida na causa.

Ademais, a exigência constitucional alcança o julgado que acarretou a extinção do processo judicial, bem como contra o acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento (Súmula 86 do c. STJ¹⁶).

Ainda a respeito do tema, o CPC/73 determinava que:

Art. 542. (...)

§ 3º O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interpostos contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para a interposição do recurso contra a decisão final, ou para as contrarrazões.

Como se observa, somente o acórdão de julgamento do antigo recurso, da ação originária ou da remessa necessária, com a aplicação da tese fixada pelo órgão maior do tribunal à espécie, determinava a cognominada “causa decidida” (STF. AI-AgR 178.399/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgado em 17.03.1996).

Diante disso, o termo constitucional da existência de “causa decidida” depende da ocorrência de julgamento, no Poder Judiciário, quando do exercício da função tipicamente jurisdicional, como corroborado pelos enunciados sumulares do c. STF e do c. STJ. *In verbis*:

¹⁶ SÚMULA 86-STJ: cabe recurso especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento.

Súmula 637-STF: Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de tribunal de justiça que defere pedido de intervenção estadual em município.

Súmula 733-STF: Não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Súmula 311-STJ: Os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

Quanto à interposição do REsp, no particular aspecto, não se pode olvidar que, a cláusula constitucional enumerada no inc. III, do art. 105, engloba todos os julgados proferidos em processos judiciais, sendo irrelevante a natureza do procedimento. Isso porque, a expressão “causas decididas” abrange os processos com ou sem julgamento de mérito e, até mesmo, as questões incidentais relacionadas com a causa, como visto alhures.

Ademais, não pode ser exercitado de *per saltum*, a exemplo do que obtempera o verbete sumular n.º 207 do c. STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

No entanto, a decisão não proveniente do Poder Judiciário, ou que, embora dele proveniente, não fora lançada no exercício da função jurisdicional, não poderá comportar o REsp, por inexistência de “causa decidida”, como dito acima.

De outra banda, também se exige que a questão de direito legal em matéria federal veiculada no Especial haja sido ventilada no julgado recorrido. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 400.234/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 12.11.2001.

Muito “embora o STJ seja o responsável pelo exame de legislação infraconstitucional, aquela Corte Superior não aprecia o REsp contra decisão proferida por Juizados Especiais”¹⁷, uma vez que não se trata de *tribunal* tal qual condiciona o aludido permissivo constitucional. Nesse sentido, a súmula n.º 203 da jurisprudência do c. STJ: Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais.

É necessário abrir um parêntese neste momento. Desde que haja matéria constitucional em debate, será possível a interposição de RE em face de decisão

¹⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Juizados Especiais Cível e Criminais. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 66.

prolatada por Turma Recursal de Juizado Especial Civil ou Criminal, a teor da súmula n.º 640 do c. STF. *In verbis*:

Súmula 640-STF: É cabível recurso extraordinário contra decisão proferida por juiz de primeiro grau nas causas de alçada, ou por turma recursal de juizado especial cível e criminal.

Como se vê, não basta ao recorrente suscitar a questão nos Recursos Extraordinários *lato sensu*, ainda que a exaustão, uma vez que se a matéria não fora decidida no julgado vergastado, não resta satisfeita a exigência de “esgotamento das instâncias ordinárias”.

4.2 Prequestionamento nas Questões de Ordem Pública

Inicialmente, faz-se necessário alinhar algumas reflexões a respeito do requisito indispensável do “prequestionamento”, para, em seguida, ingressar na questão de fundo do indigitado projeto. Senão vejamos.

4.2.1 Prequestionamento

Em um primeiro momento, a análise do prequestionamento retoma ao estudo do requisito acima enumerado, considerando que, a exigência do nominado “prequestionar” reside, justamente, na cláusula constitucional inserida no Texto Maior.

No mesmo sentido:

Súmula 282-STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356-STF: O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Para mais, é de se ressaltar, resumidamente embora, a classificação doutrinária e jurisprudencial acerca desse pré-requisito para admissibilidade recursal, a saber: (i) “numérico”, isto é, aquele em que há menção expressa na decisão recorrida do dispositivo constitucional/legal; (ii) “explícito”, no qual o *decisum* objurgado resolveu a questão vergastada, mesmo sem mencionar o preceito; (iii) “implícito” que, por sua vez, ocorre quando a decisão atacada não resolveu a questão constitucional, em que

pese houvesse sido ventilada pelo recorrente; e, por fim, (iv) “ficto”, quando a questão não é resolvida, apesar de opostos os aclaratórios¹⁸.

Em regra, prevaleceu o entendimento, à época, de que há prequestionamento nas hipóteses (i) e (ii). Nada obstante, o Pretório Excelso admite como suficiente o presquestionamento “ficto”, não considerando, no entanto, quando ocorre de modo “implícito”.

De outra banda, o Tribunal da Cidadania, nos termos do que estabelece o enunciado 211, não admite o Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não fora apreciada pelo Tribunal *a quo*. No mesmo sentido, não admite o prequestionamento quando a questão federal resta suscitada somente no âmbito do voto vencido, conforme a dicção da súmula 320. Veja-se:

Súmula 211-STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Súmula 320-STJ: A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.

Como se vê, os Tribunais de Sobreposição adotavam diferentes entendimento a respeito do preenchimento do requisito em referência, o que evidenciava a ausência de orientação pacífica acerca da temática sob exame.

4.2.2 Questões de Ordem Pública

No que tange as questões de ordem pública, assim entendidas como normas de força imperativa, que impõe a observância obrigatória de seu conteúdo, em qualquer tempo e/ou grau de jurisdição, insuscetíveis de alteração pela vontade das partes, além de cognoscíveis “de ofício” pelo julgador.

Na trilha desse raciocínio, acaso não fossem suscitadas, ainda assim a matéria não restaria preclusa, a exemplo da ilegitimidade *ad causam*, prevista no art. 267, inc. VI e § 3º, do Código anterior, como condição da ação.

Eis o momento de formular o prequestionamento envolvendo questões de ordem pública, que se pretende realizar com o presente trabalho.

¹⁸ Vale ressaltar que o CPC/2015 consagra a tese do prequestionamento “ficto”. *In verbis*. Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

4.2.3 Necessidade de Prequestionamento das Questões de Ordem Pública

É consabido que, o pré-requisito do prequestionamento, revela a “exigência antiga para a admissibilidade dos recursos extraordinários, segundo o qual se impõe que a questão federal/constitucional objeto do recurso excepcional tenha sido suscitada/analisa da na instancia inferior”¹⁹.

Em abono desse entendimento, José Miguel Garcia Medina ensina que “é possível vislumbrar três concepções distintas acerca do prequestionamento, a partir do exame da jurisprudência e da doutrina sobre o tema”²⁰.

A primeira corrente doutrinária se posiciona pela “impossibilidade de conhecimento da questão de ordem pública se não houver causa decidida na decisão recorrida”²¹.

De outra banda, uma segunda posição entende pela “possibilidade de conhecimento da matéria de ordem pública a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente da existência do prequestionamento”²².

Por fim, a terceira concepção afirma a “possibilidade de conhecimento de questão de ordem pública, ainda que não prequestionada, desde que o recurso seja conhecido por outro fundamento”²³.

Com efeito, bem observa a jurisprudência dos Tribunais de Superposição, a exemplo das ementas abaixo colacionadas, a respeito das doutrinas outrora mencionadas. Veja-se:

Tem-se como configurado o prequestionamento da matéria veiculada no recurso quando consta, do acórdão impugnado, **a adoção de entendimento explícito a respeito** (STF, RE 104.899-9-RS, 2ª Turma, julgado em 30.06.1992, rel. Min Marco Aurélio). **(destacou-se)**.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., 260.

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 159-166.

²¹ NERY JR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6ª ed., atual., ampl., e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 292-293.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial, *in* O Processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora, 2006, p. 100-104.

²³ DIDIER JR., Fredie. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002, *in* NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 119-120.

Em tema de prequestionamento, o que deve ser exigido é apenas que a questão haja sido posta na instância ordinária. Se isto ocorreu, tem-se a **figura do prequestionamento implícito, que é o quanto basta** (STJ, REsp, 2.336-MG, 2ª Turma, julgado em 09.05.1990, rel. Min. Carlos Velloso). **(destacou-se)**.

A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formação em momento procedimental adequado. **Não basta, no entanto, só arguir previamente o tema de direito federal para legitimar o uso da via do recurso extraordinário. Mais do que a satisfação dessa exigência, impõe-se que a matéria questionada tenha sido efetivamente ventilada na decisão recorrida.** (STF, Ag. Rg. AI n.142175-1, 1ª Turma, julgado em 02.04.1991, Rel. Min. Celso de Mello). **(destacou-se)**.

Como se vê, em cada um dos Tribunais de Sobreposição, a maneira de prequestionar a matéria impugnada envolvia especificidades, de modo que não observada a regularidade formal para sua interposição, ausente restaria esse requisito basilar dos Recursos Excepcionais, a ensejar sua inadmissão.

5. Referencial Teórico: A jurisprudência emanada pelo c. STJ

Ao tempo do CPC anterior, a jurisprudência emanada pelo c. STJ não apresentava uniformidade a respeito do tema, em que pese o entendimento sedimentado no âmbito do c. STF, no sentido da necessidade de prequestionamento de questão de ordem pública para conhecimento do recurso na instância superior.

Oportuno observar que as decisões judiciais revelam sua importância normativa na formação do Direito, assim, a visão jurisprudencial acerca da matéria será realizada, à título de *obiter dictum*, por meio do registro dos seguintes acórdãos do c. STJ.

Na 1ª Turma entendeu-se imprescindível o prequestionamento mesmo em se tratando de questões de ordem pública. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO. REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO. ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. JUROS DE MORA. SELIC. PRESCRIÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO CONSUMA TIV A. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. (...) 4. **Observa-se que é inviável apreciar a questão ora levantada pela agravante, relativa à prescrição do direito de ação, pois é estranha à matéria suscitada no próprio recurso especial, constituindo, portanto, inovação sobre a qual se operou a preclusão consumativa.** (...) (AgRg no REsp 1079258/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009). **(destacou-se).**

De outra banda, a 2ª Turma posicionou-se no sentido de que, conquanto ausente o prequestionamento, por se tratar de matéria de ordem pública e, além disso, considerando que a instância restara aberta sob outro argumento, realizaria apreciação da controvérsia, ainda que para dela não conhecer. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ILEGITIMIDADE ATIVA DA AUTORIDADE COA TORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. Apreciação por esta Corte Superior. Possibilidade condicionada à abertura da instância especial por outros argumentos. Necessidade de discussão que requer análise de lei local. Aplicação da Súmula n. 280 do STF, por analogia. Não-indicação de dispositivo de lei federal violado. Incidência da Súmula n. 284 do STF, também por analogia. Trânsito. Responsabilidade por infração imputada ao proprietário em razão do que dispõe o art. 257, § 7º, do CTB. Preclusão temporal administrativa. Necessidade de andamento do procedimento administrativo. Comprovação, em sede judicial, de que o infrator não era o proprietário do veículo. Responsabilidade do condutor. Inafastabilidade do controle jurisdicional. (...) 3. **Em primeiro lugar, no que tange à alegação de ilegitimidade passiva, é de se ressaltar que, em momento algum nestes autos, tal questão foi levantada, motivo pelo qual não houve debate sobre o ponto nas instâncias ordinárias. Seria caso, portanto, de reconhecer a ausência de prequestionamento. Entretanto, por se tratar de matéria de ordem pública e, além disso, considerando que a instância especial será aberta para avaliação de suposta ofensa ao art. 257, § 7º, do CTB, creio ser dever dessa Corte Superior manifestar-se sobre a controvérsia, ainda que, como será visto, para dela não conhecer.** (...) 8.

Mesmo o conhecimento de ofício das matérias de ordem pública, embora dispense o prequestionamento quando a instância especial for aberta por outro motivo, depende do cumprimento de alguns requisitos, entre eles a indicação precisa de dispositivo de legislação federal infraconstitucional que permita a compreensão exata da controvérsia, o que não ocorre no caso concreto. Há incidência da Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, também por analogia. (...) (REsp 765970/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 17/09/2009). **(destacou-se)**.

Já na 3ª Turma, decidiu-se que, em que pese consubstanciar matéria de ordem pública, não dispensa do requisito do prequestionamento. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE TRASLADO DE PEÇA OBRIGATÓRIA. CÓPIA NÃO EXTRAÍDA DOS AUTOS ORIGINAIS. I. - **Prevalece nesta Corte o entendimento de que as questões de ordem pública, embora passíveis de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias, não prescindem do requisito do prequestionamento.** (...) AgRg no Ag 1113394/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 23/06/2009). **(destacou-se)**.

A 4ª Turma consignou, por sua vez, a posição de que o efeito translativo dos recursos consiste na possibilidade de o Tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir a matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL RECEBIDO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO TRANSLATIVO DO RECURSO ESPECIAL. APELO INADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO NÃO CONHECIDO POR ILEGIBILIDADE DE PEÇA OBRIGATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE RECONHECER A PRESCRIÇÃO. RECURSO ACOLHIDO SEM EFEITO MODIFICATIVO.

1. **O efeito translativo dos recursos, consiste na possibilidade de o Tribunal, ultrapassada a admissibilidade do apelo, decidir matéria de ordem pública, sujeita a exame de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.** Porém, no caso em exame, mostra-se inviável o reconhecimento da prescrição, porquanto o recurso especial foi inadmitido na

origem e o presente agravo sequer foi conhecido, em razão de traslado ilegível de peça tida por obrigatória pelo art. 544 do CPC. (...) (AgRg nos EDcl no Ag 983453/SP, Relator Luis Felipe Salomão, julgado em 19/03/2009). **(destacou-se)**.

Por outro lado, na 5ª Turma, entendeu-se necessário o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. Veja-se:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO RECURSO ESPECIAL RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSOS EM FASES JUDICIAIS DISTINTAS. CONEXÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. SUSPENSÃO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO EM FASE DE APELAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. CONHECIMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. (...) 3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, **requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional**. Hipótese em que o Tribunal de origem não emitiu nenhum juízo de valor acerca do art. 265, IV, 'a', do CPC, restando ausente seu necessário prequestionamento. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ. 4. O disposto no art. 265, IV, 'a', do CPC não se encontra elencado entre as matérias de ordem pública passíveis de ser conhecidas de ofício pelo Magistrado em qualquer grau de jurisdição, previstas nos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC. Ademais, não há falar em efeitos translativos do recurso especial quando não-superado seu juízo de admissibilidade. (...) AgRg no REsp 969740/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 03/03/2009). **(destacou-se)**.

Alfim, a 6ª Turma, decidiu pela exigência de prequestionamento do objeto, mesmo no caso de questão de ordem pública. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OFENSA AO ART. 20 DA LEI N.º 4.328/64 E AO INCISO VI, DO § 10, DO ART. 178 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.ºs 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. (...) 2. **Em sede de recurso especial, exige-se o prequestionamento da matéria suscitada, ainda que se trate de questão de ordem pública**.

Precedentes. (...) AgRg no REsp 423569/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 13/10/2009). **(destacou-se)**.

A questão não se mostrava pacífica. Compartilhava desse entendimento Cassio Scarpinella Bueno: “Impõe-se, assim, mais do que nunca, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e, pois, do alcance dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal diga o que é ou o que deve ser entendido por prequestionamento”²⁴.

6. Conclusão

Em resumo, inviável a alegação de matéria de ordem pública em via extraordinária de impugnação, sendo esse também o posicionamento do c. STF e da doutrina majoritária, na vigência do CPC/1973.

Vale ressaltar que, naquela ocasião, o c. STJ já admitiu a alegação quando cumulada com outra matéria que tenha sido objeto de prequestionamento, nos termos da doutrina minoritária, como visto alhures.

Nada obstante, a presente dissertação – com base no arcabouço jurídico em referência à época – acompanhou o entendimento no sentido de que impossível o conhecimento de questões de ordem pública, de ofício ou por provocação, em sede de Recursos Excepcionais, sem que houvesse argumento e decisão expressa, chamada de “causa decidida”, na instância ordinária, ainda que conhecido por outro fundamento.

Ademais, e considerando que a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 não representou uma mera substituição do “Código Buzaid”, mas, ao contrário, a verdadeira reconfiguração do Direito Processual Civil, verifica-se, em vista disso, a necessidade de releitura dos institutos jurídicos correlatos ao prequestionamento nas questões de ordem pública sob o prisma do novo CPC, em interlocução com a Constituição Federal de 1988.

Eis o esboço da temática em apreço.

7. Referências Bibliográficas

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3024> >. Acesso em: 4 jan. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do prequestionamento?. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/3024> >. Acesso em: 4 jan. 2021.

CÔRTEES. Osmar Mendes Paixão. O cabimento do recurso extraordinário pela alínea “a” do artigo 102, III, da Constituição Federal e a “causa de pedir aberta”, conforme material de apoio da 6ª aula, da disciplina “O Processo Civil nos Tribunais Superiores”, ministrada no curso de pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG.

DIDIER JR. Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3 Ed. Juspodivm. Salvador, 9ª ed., 2011.

_____. Alegação de prescrição ou decadência em recurso extraordinário: notas ao Código Civil de 2002, in NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação às decisões judiciais. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GUIMARÃES. Deocleciano Torrent. Dicionário Técnico Jurídico. Ed. Rideel. São Paulo, 9ª ed., 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Litisconsórcio necessário e efeito devolutivo do recurso especial, in O Processo: estudos e pareceres. São Paulo: DPJ Editora, 2006.

MEDINA. José Miguel Garcia. Recurso Especial e Recurso Extraordinário. In: O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial e outras questões relativas a sua admissibilidade e ao seu processamento. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 106-113 3 p. 130-142, conforme material de apoio da 7ª aula, da disciplina “Recursos e Meios de Impugnação”, ministrada no curso de pós-graduação em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp, na modalidade educação à distância, em parceria tecnológica com a Rede LFG.

_____. O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 159-166.

NERY JR, Nelson. Teoria geral dos recursos. 6ª ed., atual., ampl., e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUARDA UNILATERAL E COMPARTILHADA: DIREITOS ANALISADOS QUANDO SE DEFINE UMA GUARDA

TANISY ROMANA VASCONCELOS COSTA LEITE:

Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro de Ensino Universitário de Brasília (2018), graduada em enfermagem pela Universidade Federal do Maranhão (2000), pesquisadora em Neurociência aplicada ao Direito (Neurolaw), pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil na Escola da Magistratura do Distrito Federal.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo fazer uma análise comparativa entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral, dando ênfase às posições mais recentes adotadas pelos Tribunais Superiores no que tange ao tema e apontar quais direitos são analisados quando se define uma guarda. Este trabalho se justifica por ser de extrema relevância para a sociedade ao esclarecer dúvidas quanto a algumas particularidades que devem ser analisadas quando na definição da guarda dos filhos. A metodologia utilizada será bibliográfica e por meios eletrônicos.

PALAVRAS-CHAVE: Guarda Compartilhada. Guarda Unilateral. Direitos. Tribunais Superiores.

ABSTRACT: The present study aims to make a comparative analysis between shared guard and unilateral guard, emphasizing the more recent positions adopted by the Superior Courts in relation to the subject and pointing out which rights are analyzed when defining a custody.

KEYWORDS: Shared Guard. Unilateral Guard. Rights. Higher Courts

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Guarda e poder familiar. 3. Guarda unilateral. 4. Guarda compartilhada e sua aplicação perante os Tribunais. 5. Na guarda compartilhada permanece a obrigação alimentar? 6. O exercício da guarda em tempos de pandemia: O olhar do poder judiciário. 7. A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas: Os casais homossexuais podem acordar quanto à guarda compartilhada de um filho comum? 8. Exercício da guarda compartilhada por pessoas com deficiência mental. 9. Guarda compartilhada em caso de violência doméstica; Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, a família e sua organização passaram por várias transformações, inclusive no que diz respeito ao poder familiar, expressão que

lembra o antigo pátrio poder da época do direito romano em que o chefe da família detinha direito total e ilimitado sobre seus filhos. A Lei 4.121/62, o Estatuto da Mulher Casada, trouxe uma importante mudança com relação ao pátrio poder que continuou a ser exercido pelo marido, mas com a colaboração da esposa, prevalecendo a vontade do esposo caso não houvesse concordância entre o casal.²⁵

Com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, parágrafo 5º, passou a ser assegurado ao homem e à mulher igual desempenho do poder familiar quanto aos filhos comuns. Mas, foi com o Estatuto da Criança e do Adolescente, em respeito ao princípio da proteção integral, que este instituto deixou de ter o sentido de dominação e passou a ter um significado de proteção dos pais em relação aos filhos, atribuindo a eles, não mais o domínio e poder, mas deveres e obrigações para com as crianças.²⁶

Com a dinamicidade da sociedade, a família sofreu mudanças significativas, principalmente porque as mulheres deixaram de ser submissas ao marido e passaram a trabalhar fora de casa tornando-se independentes economicamente, o que gerou a mudança do instituto de pátrio poder para poder familiar em que ambos os cônjuges têm o poder-dever com relação aos filhos de dar assistência material, moral e educacional. Poder-dever que não se altera em caso de divórcio, conforme determina o artigo 1.579 do Código Civil ou de dissolução da união estável. Novas modalidades de família foram surgindo e com elas a necessidade de discutir com mais profundidade sobre o instituto da guarda.²⁷

Assim, o presente artigo visa fazer uma análise comparativa entre a guarda compartilhada e a guarda unilateral, dando ênfase às posições mais recentes adotadas pelos Tribunais Superiores no que tange ao tema e apontar quais direitos são analisados quando se define uma guarda. Justifica-se em função do crescimento exacerbado no número de divórcios e dissoluções de união estável ocorridos nos últimos anos no país o que gerou inúmeras discussões e conflitos judiciais entre os casais com relação à guarda dos filhos.

2. Guarda e poder familiar.

Parte da doutrina faz uma grande confusão entre os conceitos de poder familiar e guarda. No entanto, ambos não se confundem. Etimologicamente, a palavra "guarda" vem do latim *Guardare*, usado no sentido de dar proteção, conservar, de

25 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

26 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

27 BENTO, Angelo Suliano. O instituto da guarda e o poder familiar. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/5050804. Acesso em: 15.07.2020.

vigiar. Corresponde a um poder-dever do guardião em assistir material, educacional e moralmente a criança ou o adolescente. Quem obtém a guarda, tem de fato, a companhia do menor e, portanto, deve cuidar e zelar por seu bem estar e segurança.²⁸ O poder familiar é uma terminologia que foi incorporada no sistema jurídico brasileiro no Código Civil de 2002 em substituição ao termo usado no código Civil de 1916 intitulado “pátrio poder” que significava o poder total que o pai exercia sobre os filhos (artigo 380, CC/16). É conceituado como sendo um conjunto de direitos e deveres conferidos aos pais, em função e nos limites da autoridade parental, em relação aos filhos menores e incapazes.²⁹

De acordo com Maria Helena Diniz (2016, p.458), “o poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível” e provém tanto da paternidade natural, como da filiação legal e da socioafetiva. Mas, existem casos em que esse poder familiar pode deixar de existir, quando diante de situações como a morte de um dos pais ou do filho, a emancipação, a maioridade e em caso de adoção, conforme determina o artigo 1.635 do CC, também diante da presença de comportamentos graves (culposos ou dolosos) em que o juiz, fundamentadamente, respeitando o princípio do contraditório, poderá determinar a destituição do poder familiar, como prevê o artigo 1.638 do CC.³⁰

3. Guarda Unilateral

A guarda unilateral é uma das modalidades de guarda em que, um dos pais ou alguém que o substitua, detém com exclusividade a guarda do menor, cabendo ao outro a regulamentação de visitas.³¹ Esta modalidade, por muito tempo, foi uma regra no que tange à guarda de menores, até que em 2008, com a Lei 11.698, foi introduzido no ordenamento jurídico a guarda compartilhada, que por sua vez, já vinha sendo utilizada amplamente em decisões nos Tribunais, tanto Estaduais quanto no Superior Tribunal de Justiça.³² Mas, foi com a edição da Lei 13.058/14, que a

28 SILVA, Américo Luis Martins da. **Direito de família: Uniões conjugais, estáveis, instáveis e costumes alternativos**. Leme: Cromus, 2014.

29 GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

30 CHAVES, Adalgisa Wiedermann. A guarda dos filhos na separação. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 15.07.2020.

31 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol 6: Direito de Família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

32 ROCHA, Bruna Neves. **O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar**. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 21.07.2020.

guarda compartilhada se tornou uma regra, mesmo havendo desacordo entre os pais.³³

Só é possível a guarda unilateral em casos extremos como, situações de maus tratos, abandono, quando diante da falta de condições de um dos pais em cuidar da criança e garantir sua proteção e bem estar ou quando há consenso entre os pais.³⁴Vale ressaltar que o genitor que não tem a guarda, possui todo direito e obrigação de supervisionar os interesses do(a) filho(a), sua manutenção e educação, conforme dispõe o artigo 1.589 do CC, tendo inclusive a escola do menor o dever de informar quanto a frequência e o aproveitamento do(a) aluno(a). Existe também a possibilidade do filho ser reconhecido somente por um dos genitores, que ficará com a guarda, conforme consta no artigo 1.612, do CC, pois se a criança é registrada apenas no nome de um dos pais, a este será dado a guarda unilateral, constituindo assim uma família monoparental.³⁵

É importante compreender que o processo que envolve a guarda de menores tem como objetivo primordial atender aos interesses da criança ou adolescente e não ao interesse dos pais, foi a partir daí que surgiram alterações legislativas no sentido de garantir a permanência do vínculo parental e a coparticipação dos pais na formação e educação dos filhos, o que é inviável apenas com uma simples visitação.

4. Guarda Compartilhada e sua aplicação perante os Tribunais.

O direito de família, ao longo dos anos, tem passado por uma evolução considerável, principalmente com relação a novos modelos normativos de guarda a fim de suprir as necessidades do menor. Esta é uma modalidade que foi inserida na lei a fim de equilibrar o exercício do poder familiar entre os pais, priorizando o interesse do menor. Esse instituto encontra-se previsto no artigo 1.583, §1º do Código Civil, tem como ideia central fazer com que os pais separados dividam de maneira conjunta, a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.³⁶

Este modelo de guarda já vinha sido amplamente mencionado pela doutrina e jurisprudência antes mesmo da Lei 13.058/14 que foi a responsável por consolidar a

33 SERGIO, Caroline Ribas. **Aspectos relevantes sobre a guarda compartilhada: análise da Lei nº 13.058/14 e a aplicação perante os Tribunais.** Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

34 SERVILHA, Nathalia Diniz Soares. **Como conseguir a guarda unilateral?** Disponível em: www.mundoadvogados.com.br. Acesso em: 21.07.2020.

35 DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

36 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol 6: Direito de Família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

guarda compartilhada como regra depois da dissolução da vida conjugal mesmo que haja discordância entre os pais, deve ser imposta pelo juiz, exceto se comprovada no curso do processo sua total inviabilidade. Além disso, cabe ao magistrado estabelecer as regras e aplicar possível punição no caso de descumprimento do que foi acertado.³⁷

Esse compartilhamento do tempo de convivência com os filhos abre espaço para inúmeros questionamentos que merecem a devida atenção. A princípio, surge a dúvida, em qual casa a criança deve morar? Bem, a jurisprudência tem entendido que a guarda compartilhada tem o objetivo de garantir o convívio do menor com ambos os pais após a dissolução do relacionamento, pois não se trata apenas de custódia legal, mas também de custódia física, uma vez que, sem esta, o processo se esvazia, salvo nos casos em que os pais moram em cidades diferentes, neste caso, a base da moradia será a que melhor atende ao interesse dos filhos, conforme determina o artigo 1.583, §3º, CC.³⁸

Existe a possibilidade de o menor ficar sob a guarda de pessoas que não os pais, situação que ocorre com frequência com relação aos avós. No artigo 33, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente está previsto que é possível a guarda fora dos casos de tutela ou de adoção, a fim de atender a situações excepcionais ou para suprir eventual falta dos pais. Portanto, não é raro se deparar com situações em que os avós buscam obter a guarda do neto(a) com finalidade meramente previdenciária, no entanto, o entendimento jurisprudencial é no sentido de que a garantia do benefício previdenciário ao neto “ não caracteriza a situação excepcional que justifica, nos termos do ECA, art. 33, §2º, o deferimento de guarda aos avós”.³⁹

5. Na guarda compartilhada permanece a obrigação alimentar?

É importante frisar que a dissolução do relacionamento entre o casal põe fim aos deveres conjugais de coabitação, de fidelidade e ao regime de bens, porém, não põe termo aos deveres inerentes ao exercício do poder familiar, logo, não acaba com a obrigação alimentar, ambos devem contribuir na proporção de seus haveres e recursos, conforme determina o artigo 1.703 do Código Civil. Tal dispositivo tem como fundamento o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, o que exige a participação conjunta de ambos os genitores. Por outro lado, caso haja descumprimento no que tange à obrigação de fornecer alimentos, o devedor poderá

37 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei.** Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10.07.2020.

38 SERGIO, Caroline Ribas. **Aspectos relevantes sobre a guarda compartilhada: análise da Lei nº 13.058/14 e a aplicação perante os Tribunais.** Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

39 ROMANO, Rogério Tadeu. **O problema da guarda e os benefícios previdenciários.** Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

ser executado e inclusive ser preso ou sofrer outras sanções como ter seu nome inscrito no cadastro de devedores de pensão alimentícia, portanto, cabe ao magistrado decidir sobre sua punição.⁴⁰

6. O exercício da guarda em tempos de pandemia: o olhar do poder judiciário.

Em meados de março deste ano, o Brasil foi surpreendido pela pandemia da Covid-19 que já vinha causando mortes em outros países e disseminando o medo diante de um inimigo invisível com alto poder lesivo, da ausência de medicação capaz de combatê-lo e da falta de vacina. Com isso, por questões de saúde pública, as autoridades aconselharam o confinamento social, que as pessoas evitassem ir para as ruas e não tivessem contato com quem tivesse viajado nos últimos 14 dias, iniciou-se o que se denominou de “quarentena”.⁴¹

Diante de tal situação, surgiu muita confusão entre as famílias que estavam em situação de guarda compartilhada, entendendo que as crianças estariam correndo risco de se contaminar com o vírus ante a alternância de locais e ainda que pudessem pôr em risco a vida dos avós, pessoas mais vulneráveis à forma grave da doença, uma vez que podem hospedar o vírus sem apresentar sintomas. O poder judiciário, de início, se pronunciou quanto essa questão no sentido de que deveria ser mantido o status a quo da criança devendo permanecer, indeterminadamente, com quem estivesse com ela no instante em que se iniciou a quarentena.⁴²

No entanto, com o passar do tempo, entendeu que essa permanência prolongada seria incompatível com o princípio da proteção integral, poderia afetar a segurança e o desenvolvimento dos menores, bem como, propagar uma notória desigualdade entre homens e mulheres e que o certo a ser feito era analisar cada caso em particular primando pelo princípio da corresponsabilidade entre os pais e visando garantir o desenvolvimento integral dos filhos.⁴³

Neste caso, uma solução bastante salutar encontrada pelos Tribunais de justiça foi a suspensão compulsória da convivência em razão da pandemia que, para muitos, pode parecer uma afronta ao direito fundamental das crianças e adolescentes ao convívio familiar presente no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, e também, o mesmo dispositivo prevê que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de

40 ROMANO, Rogério Tadeu. **O problema da guarda e os benefícios previdenciários**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

41 GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

42 GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

43 GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

assegurar, com prioridade, às crianças e aos adolescentes, o direito à saúde, evitando ao máximo qualquer forma de negligência.⁴⁴

Este entendimento pode nos levar a pensar que há um conflito entre dois direitos fundamentais, no entanto, sabe-se que nenhum direito fundamental se sobrepõe ao outro, portanto as decisões devem ser tomadas sempre respeitando ambos os direitos, sendo esta medida possível e recomendada naquelas situações em que há presença real de riscos à saúde da criança, devendo acabar com o afastamento assim que possível para que a criança ou adolescente retorne ao convívio familiar.⁴⁵

7.A Guarda Compartilha e as famílias homoafetivas: Os casais homossexuais podem acordar quanto à guarda compartilhada de um filho comum?

A visão hierarquizada de família, em que a figura central é o homem, com a esposa ao lado, cheia de filhos e parentes, passou por diversas modificações nos últimos tempos, sendo que atualmente, a família tem sido identificada como qualquer relação íntima de afeto(Lei Maria da Penha, artigo 5º, inciso III), e com isso, deixou de ser entendida como núcleo econômico e reprodutivo passando a ser compreendida sob uma visão socioafetiva, com diferentes padrões e arranjos familiares o que torna necessário passarmos a ter uma visão mais pluralista da família.⁴⁶

Nesse sentido, em 2011, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento dado pelo Código Civil no que tange ao conceito de família, tornando possível a união estável entre casais homossexuais. Posteriormente, em 2013, após a publicação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, permitiu-se aos cartórios o registro de casamentos entre esses casais, que, portanto, devem seguir as mesmas regras dispostas aos casais heterossexuais, inclusive quanto à separação.⁴⁷

Com relação à separação, como em qualquer fim de uma união conjugal, deve-se atentar principalmente para a questão do vínculo com a criança ou adolescente, pois durante a convivência familiar, laços afetivos são criados, e, uma vez existentes e comprovados, ambos terão iguais direitos e deveres quanto à guarda dos filhos que tiveram, ou por reprodução assistida ou através da adoção no curso da relação.

44 DORIA, Isabel I.Z., **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 12.07.2020

45 DORIA, Isabel I.Z., **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 12.07.2020

46 MARTINS, Priscilla Uchoa. **A família homoafetiva e seu legal reconhecimento**. Disponível em: www.Ambitojuridico.com.br. Acesso em: 12.07.2020.

47 FARIA, Flávia. **Casamento gay não é lei, mas é direito garantido pela justiça; entenda**. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

Pois, o poder familiar, no ordenamento jurídico, consiste em uma garantia do melhor interesse do menor (criança e adolescente). 48

Nesse caso, a guarda deve ser concedida àquele que melhor atender às necessidades e interesses da criança ou adolescente, sendo possível aos casais entrarem em acordo quanto à guarda compartilhada, podendo esta ser deferida pelo juiz, caso o menor tenha sido perfilhado por apenas um dos partícipes da relação, levando em consideração a socioafetividade do outro que não figura como progenitor jurídico.⁴⁹

8. Exercício da Guarda Compartilhada por pessoas com deficiência mental.

O Brasil é um dos países signatários da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) no qual firmou o compromisso de garantir a dignidade e a inclusão social das pessoas com deficiência. Esta norma internacional, em seu artigo 23, dispõe que todos os Estados-parte devem adotar medidas a fim de acabar com o preconceito social no que tange ao pleno exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das pessoas com deficiência, bem como dispõe no item 2 que seja assegurado a elas, todos os direitos familiares, inclusive o exercício de guarda, adoção, curatela, dentre outros. 50

Em 06 de julho de 2015, confirmando o texto da CDPD, foi promulgada a Lei 13.146/2015, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com o objetivo de garantir e estimular o pleno exercício dos direitos e das liberdades fundamentais, de forma igualitária, por pessoas com algum tipo de deficiência, com vistas a promover sua cidadania e inclusão social.⁵¹ Esta lei trouxe várias modificações no âmbito do Direito de família e da Teoria das Incapacidades, dentre elas, a eliminação dos tipos de deficiência mental do rol de incapacidades presentes no artigo 3º do Código Civil de 2002, e ainda a possibilidade do exercício de guarda, dentre outros, em igualdade de oportunidades com as outras pessoas.⁵²

48 RODRIGUES, Alexandre L., RODRIGUES, Cibele, COSTA, Fabíola A. Delben. **A separação dos casais homoafetivos e seus reflexos na guarda dos filhos**. Disponível em:

www.unisaesiano.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

49 CHAVES, Marianna. **A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

50 **Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência**. Disponível em: www.fundacaodorina.org.br. Acesso em: 15.07.2020.

51 MIRANDA, Eduardo M. de. **Inovações introduzidas pela lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (lei nº 13.146/2015)**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 15.07.2020.

52 MADEIRA, Débora F. Pessoa, TOLEDO, Roselaine L., COSTA, Andréia L. **Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda**. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 17.07.2020.

Além disso, consta no artigo 6º, inciso VI do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que a plena capacidade do indivíduo para exercer os atos da vida civil não são afetados pela deficiência, o que causou uma verdadeira revolução na teoria da incapacidade, possibilitando ao portador de deficiência gerir sua vida, podendo fazer uso dos institutos assistenciais como a curatela ou a tomada de decisão apoiada. Esta norma também alterou de forma significativa o instituto da guarda de crianças e adolescentes, no instante em que o genitor do menor, portador de deficiência, principalmente deficiência mental, deixou de ser considerado incapaz, tornando possível o exercício de guarda e visitas a seus filhos visando o melhor interesse do menor e proporcionar ao portador de deficiência o exercício de sua cidadania.⁵³

Com relação à curatela compartilhada de filhos maiores portadores de necessidades especiais, foi acrescentado ao Código Civil de 2002 o artigo 1.775-A o qual determina que “ao nomear curador para pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa”. Tal dispositivo demonstra claramente que a lei privilegia o princípio da dignidade da pessoa humana observando, de forma imperativa, o procedimento adotado para a guarda compartilhada, sendo esta uma maneira de dividir as responsabilidades para ambos os genitores.⁵⁴

9. Guarda compartilhada em caso de violência doméstica.

A violência doméstica é um fenômeno multifatorial que alcança todos os níveis sociais, faixas etárias, diferentes contextos históricos, geográficos e constitui uma realidade triste no nosso país. É um tipo de violência que se encontra no âmbito familiar e causa consequências gravíssimas tanto para o casal quanto para os filhos menores ou adolescentes. Com a Lei Maria da Penha, lei nº 11.340/2006, a violência doméstica passou a ser reconhecida não apenas como um problema de âmbito privado, mas uma matéria de direito público devendo ser amparada e combatida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro.⁵⁵

53 MADEIRA, Débora F. Pessoa, TOLEDO, Roselaine L., COSTA, Andréia L. **Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda.** Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 17.07.2020.

54 MADEIRA, Débora F. Pessoa, TOLEDO, Roselaine L., COSTA, Andréia L. **Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda.** Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 17.07.2020.

55 OLIVEIRA, Lanuza Borges et al. **Violência doméstica contra a criança: elaboração e validação de instrumento para avaliação do conhecimento dos profissionais de saúde.** Revista Latino Americana de Enfermagem. 2016. Disponível em: www.scielo.br/pdf. Acesso em: 23.07.2020.

Diante de uma situação de violência doméstica contra a mulher, torna-se necessário que haja um afastamento do agressor do lar a fim de manter a integridade física e mental da vítima e conseqüentemente evitar mais danos psicológicos às crianças, que, inevitavelmente, ficam traumatizadas e são afastadas do convívio com o pai. Portanto, diante de tal situação, questões quanto à guarda, convivência e visita tornam-se muito mais complicadas de se resolver, pois um simples registro de ocorrência policial encaminhado a juízo já demonstra ameaça à segurança afetiva e emocional dos filhos menores ou adolescentes que se encontram expostos a uma situação de agressão e violência entre os pais.⁵⁶

Nesse sentido, alguns julgados, na maioria das vezes, têm decidido pela guarda unilateral à mãe, mas cada caso deve ser analisado conforme suas particularidades, uma vez que, em qualquer situação deve ser considerado o melhor interesse do infante, sua segurança e bem-estar, pois forçar que a vítima e o agressor convivam por causa dos filhos traria problemas e conseqüências muito mais sérias e impactantes para os filhos que estariam no meio do conflito entre seus pais. Vale ressaltar que, só é cabível a guarda unilateral até o momento em que existirem ameaças e violência que ensejem medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06, não estando o pai, isento de suas responsabilidades com relação aos filhos.⁵⁷

10. Considerações finais

Por todo o exposto, podemos concluir que a guarda compartilhada foi um grande avanço em nosso ordenamento jurídico, uma vez que traz inúmeros benefícios para as famílias após a separação do casal, proporcionando o convívio dos filhos com os pais de maneira igualitária visando sempre atender aos interesses da criança ou adolescente e a coparticipação dos pais na formação e educação dos filhos. Além disso, não há alteração quanto às obrigações e deveres oriundos do poder familiar que devem ser exercidos conjuntamente.

Dessa forma, embora a guarda compartilhada tenha passado a ser regra, deve-se observar sempre caso a caso conforme suas peculiaridades, pois, em qualquer situação deve ser levado em consideração o princípio do melhor interesse do infante, sua segurança e bem-estar.

REFERÊNCIAS

56 MARTINS, Aquile; FUCHS, Lucas; CURY, Thais. **A Guarda dos Filhos nos casos de Violência Doméstica Contra a Mulher**. Revista do CAAP, n.01, V.XXII, p.02-18.2017.

57 MARTINS, Aquile; FUCHS, Lucas; CURY, Thais. **A Guarda dos Filhos nos casos de Violência Doméstica Contra a Mulher**. Revista do CAAP, n.01, V.XXII, p.02-18.2017.

BENTO, Angelo Suliano. O instituto da guarda e o poder familiar. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/5050804. Acesso em: 15.07.2020.

CHAVES, Marianna. **A guarda compartilhada e as famílias homoafetivas**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

CHAVES, Adalgisa Wiedermann. A guarda dos filhos na separação. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 15.07.2020.

Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: www.fundacaodorina.org.br Acesso em: 15.07.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DORIA, Isabel I.Z., **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. Disponível em: www.ibdfam.org.br. Acesso em: 12.07.2020

FARIA, Flávia. **Casamento gay não é lei, mas é direito garantido pela justiça; entenda**. Disponível em: www1.folha.uol.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIMENEZ, Angela. **A situação da guarda dos filhos em tempos de pandemia da Covid-19**. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol 6: Direito de Família. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADEIRA, Débora F. Pessoa, TOLEDO, Roselaine L., COSTA, Andréia L. **Exercício de guarda por pessoas com deficiência mental: análise das possíveis soluções do conflito entre o interesse do guardião e da criança ou adolescente que estiverem sob guarda**. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 17.07.2020.

MARTINS, Aquile; FUCHS, Lucas; CURY, Thais. **A Guarda dos Filhos nos casos de Violência Doméstica Contra a Mulher**. Revista do CAAP, n.01, V.XXII, p.02-18.2017.

MARTINS, Priscilla Uchoa. **A família homoafetiva e seu legal reconhecimento**. Disponível em: www.Ambitojuridico.com.br. Acesso em: 12.07.2020.

MIRANDA, Eduardo M. de. **Inovações introduzidas pela lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (lei nº 13.146/2015)**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 15.07.2020.

OLIVEIRA, Lanuza Borges et al. **Violência doméstica contra a criança: elaboração e validação de instrumento para avaliação do conhecimento dos profissionais de saúde**. Revista Latino Americana de Enfermagem. 2016. Disponível em: www.scielo.br/pdf. Acesso em: 23.07.2020.

ROCHA, Bruna Neves. **O instituto da guarda compartilhada: avanços e retrocessos no âmbito familiar**. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Acesso em: 21.07.2020.

RODRIGUES, Alexandre L., RODRIGUES, Cibele, COSTA, Fabíola A. Delben. **A separação dos casais homoafetivos e seus reflexos na guarda dos filhos**. Disponível em: www.unisalesiano.com.br. Acesso em: 13.07.2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. **O problema da guarda e os benefícios previdenciários**. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

SERGIO, Caroline Ribas. **Aspectos relevantes sobre a guarda compartilhada: análise da Lei nº 13.058/14 e a aplicação perante os Tribunais**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 11.07.2020.

SERVILHA, Nathalia Diniz Soares. **Como conseguir a guarda unilateral?** Disponível em: www.mundoadvogados.com.br. Acesso em: 21.07.2020.

SILVA, Américo Luis Martins da. **Direito de família: Uniões conjugais, estáveis, instáveis e costumes alternativos**. Leme: Cromus, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Guarda compartilhada foi consolidada no STJ antes de virar lei**. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 10.07.2020.

A ESCOLHA DO FORNECEDOR NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA IMPESSOALIDADE E DA EFICIÊNCIA: O CASO DO CENSO DE CORTIÇOS NA PREFEITURA DE SÃO PAULO

ROGERIO AUGUSTO BOGER FEITOSA: Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Procurador do Município de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Advogado.

Resumo: O presente artigo versa sobre a exigência legal de justificação da escolha do fornecedor nas contratações administrativas não precedidas de licitação e tem por objetivo examinar a juridicidade do direcionamento dessas pactuações, em especial, à luz dos princípios da impessoalidade e da eficiência. Ademais, traz à baila o procedimento instaurado pela Prefeitura de São Paulo com vistas à realização de pesquisa censitária dos cortiços localizados no centro expandido da Cidade de São Paulo, a fim de aferir a relevância da perpetração de um procedimento objetivo e impessoal destinado à seleção do fornecedor nas contratações diretas.

Palavras-chave: Contratação direta. Escolha do fornecedor. Procedimento objetivo e impessoal. Princípios da Impessoalidade e da Eficiência.

Sumário: Introdução. 1. A licitação pública e as contratações diretas. 2. Os limites do direcionamento das contratações diretas. 3. O caso do censo de cortiços na Prefeitura de São Paulo. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

As contratações públicas vêm ganhando importância na realidade brasileira. Sob diferentes figuras jurídicas, empresas e entidades sem fins lucrativos vêm ampliando a sua participação na execução de atividades que se destinam à realização de interesses públicos, contrapondo-se às situações, cada vez menos frequentes, em que a execução dessas tarefas é feita diretamente pela Administração.

Por outro lado, o grande volume de recursos públicos atualmente direcionados a particulares como contraprestações por aquisições, obras e serviços exige uma maior atenção dos gestores e dos órgãos de controle, mormente em razão da nuvem de incertezas estacionada sobre essas contratações após a deflagração de operações policiais que se tornaram conhecidas no cenário nacional.

De fato, não é possível vincular desvios de conduta no âmbito do Poder Público a qualquer forma específica de pactuação. Não há como negar, porém, que as contratações diretas, por não se sujeitarem à realização de procedimento licitatório, conferem ao gestor uma maior liberdade na escolha do fornecedor e, como é intuitivo, deixam aberta uma porta mais alargada para a perseguição de interesses que não se coadunam com os valores ínsitos à boa administração.

Diante desse quadro, o processo de eleição do contratado, cuja justificativa é previamente exigida pela Lei Geral de Licitações⁵⁸, assume papel de destaque na demonstração da lisura da contratação direta. Com ele, torna-se possível ao gestor não somente obter elementos que amparem a sua decisão, mas, também, demonstrar que a escolha se deu de forma objetiva, impessoal e voltada à celebração de um melhor ajuste para a Administração.

Há de se reconhecer, contudo, a inexistência, ao menos em geral, de normas que esclareçam ou detalhem o modo de cumprimento adequado desse mister. Isso não significa, a toda evidência, que a seleção do fornecedor consista em uma atividade sobre a qual não recaia qualquer baliza jurídica. Ao contrário, a vinculação à juridicidade, que obriga a Administração a observar, para além das normas infraconstitucionais, as regras e princípios descritos na Carta da República⁵⁹, impõe a conformação desse processo de escolha a exigências derivadas de princípios republicanos, como os da impessoalidade e da eficiência.

58 Nesse sentido, a Lei Federal nº 8.666/1993 prediz, em seu artigo 26, parágrafo único, inciso II, que "o processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos (...): II - razão da escolha do fornecedor ou executante" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 07 jan. 2021). Deve-se expor que o PL nº 4.253/2020, recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, destinado a substituir, dentre outros diplomas normativos, a Lei Federal nº 8.666/1993 e pendente de sanção presidencial, modifica de forma mínima a transcrita redação, consignando, no inciso VI, do seu artigo 71, a necessidade de instrução do processo de contratação direta com a "razão de escolha do contratado" (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 07 jan. 2021).

59 CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. *Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 118-120. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/639/466>. Acesso em: 07 jan. 2021.

1. A licitação pública e as contratações diretas

Muito embora a licitação pública não seja uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o Poder Constituinte de 1988 entendeu por bem, pela primeira vez, atribuir *status* de norma constitucional ao dever de licitar.

Nesse contexto, a Carta Constitucional em vigor trouxe, em seu artigo 37, inciso XXI, a licitação como regra geral para a Administração Pública, conferindo caráter de excepcionalidade às possibilidades de seu afastamento. Ademais, tornou-as dependentes de expresse embasamento em lei a ser editada pela União, ante a sua competência privativa, prevista no artigo 22, inciso XXVII, para dispor sobre normas gerais acerca da matéria:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre (...):

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações⁶⁰.

Como é sabido, a licitação pública consiste no procedimento que, estabelecido em lei e como etapa antecedente à celebração de ajustes pelo Poder Público, se destina à escolha da proposta mais vantajosa à realização da atividade

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

administrativa envolvida e, ao mesmo tempo⁶¹, estimula uma competição isonômica entre possíveis fornecedores⁶².

Nessa linha de compreensão, Flávio Amaral Garcia expõe que "*trata-se de processo de natureza instrumental e que visa a instaurar uma disputa justa entre os potenciais interessados com vistas a viabilizar a contratação mais eficiente e que revele a melhor relação custo-benefício*"⁶³ para a Administração Pública.

Não é difícil perceber que a realização de procedimento licitatório anteriormente às contratações públicas tem o condão de promover uma série de princípios bastante caros à ordem jurídica. Exemplificativamente, o princípio da isonomia resta privilegiado, na medida em que se garante àquele que seja técnica e juridicamente apto ao fornecimento da conveniência pública que possa concorrer com os demais interessados com igualdade de condições⁶⁴. Já em obediência ao princípio da impessoalidade, a escolha do fornecedor depende do atendimento a critérios objetivamente indicados no certame, afastando-se, por presunção, da subjetividade e da pessoalidade imanentes ao ocupante do cargo público⁶⁵. Da mesma maneira, a licitação consiste em um canal direcionado à consecução de uma atuação vinculada à observância de regras éticas, em homenagem ao princípio da

61 GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a lei geral de licitações e o regime diferenciado de contratação*. 2ª ed. atual., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34-35.

62 Sem prejuízo, Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que "*a licitação, nos termos do que hoje estabelece a legislação, visa a alcançar um triplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 538).

63 GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 49.

64 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 242-243.

65 Pondera Ana Paula Ávila que "*a objetividade é um aspecto comum entre a impessoalidade e os deveres que ela implica. A própria imparcialidade significa, antes de mais nada objetividade. Exige-se objetividade no procedimento, na escolha dos meios destinados à satisfação das necessidades públicas, na decisão, na execução, na organização (...). A par disso, aspecto relevante da objetividade está na imposição de parâmetros racionais de comportamento, o que afasta as apreciações subjetivas, as motivações pessoais, as decisões arbitrárias, os interesses alheios ao procedimento administrativo concreto e os interesses estranhos ao interesse público*" (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 47-48).

moralidade⁶⁶. Ainda, os princípios da publicidade e da transparência ganham acolhimento, possibilitando um maior controle da sociedade⁶⁷. Sem prejuízo, elevam-se as possibilidades de que a Administração obtenha uma melhor solução técnico-financeira para o atendimento das necessidades públicas, fomentando, assim, também os princípios da eficiência e da economicidade⁶⁸.

Dada a importância da norma e a condensação de tantos valores constitucionais relevantes, não é incomum a menção à existência de um “princípio da licitação”. Nesse diapasão, José Afonso da Silva afirma que “*o princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regra, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a Administração Pública*”⁶⁹.

Ao que tudo sugere, o caráter principiológico da licitação faz sentido se compreender-se por “princípio” um elemento de estima jurídica superior sob um olhar sistemático, haja vista a sua importância instrumental para a realização de diferentes interesses com *status* constitucional⁷⁰. No entanto, adotando-se como referencial teórico⁷¹ e ⁷² que os princípios, ao lado das regras, correspondem a uma espécie do gênero “norma jurídica” e que, como mandados de otimização, são aplicados predominantemente por meio da técnica da ponderação⁷³, não há como atribuir à norma prevista no artigo 37, inciso XXI, da Carta de 1988 natureza outra que não a de regra constitucional.

66 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da moralidade administrativa in*. ADRI, Renata Porto; PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio (coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 330.

67 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 552.

68 GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 65-67.

69 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 24ª ed. rev. e atual nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 672.

70 Explica Daniel Wunder Hachem, mencionando a constatação de Genaro Carrió de que haveria ao menos onze formas de emprego do termo “princípio”, que as “*compreensões acerca do vocábulo ‘princípio’ variam significativamente conforme o paradigma jusfilosófico em que se esteja inserido, e, mesmo dentro de cada um deles, ainda que sejam compartilhadas determinadas premissas, há uma infinidade de divergências teóricas entre os modelos*” (HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113-114. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/26126>. Acesso em: 07 jan. 2021).

71 ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81-115.

72 DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-28.

73 BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo) in*. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 327-329.

Com efeito, cuida-se, sob esse prisma, de mandado de definição, aplicado sob a lógica “tudo ou nada”⁷⁴, mas que contém cláusula de reserva legal que confere ao legislador federal a prerrogativa de criar hipóteses de afastamento do procedimento licitatório mediante, aí sim, o sopesamento dos princípios dos quais derivam teleologicamente a regra da licitação com outros valores jurídicos que apresentem uma relevância contraposta.

É impensável, pois, cogitar-se de uma atuação parlamentar dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para afastar a exigência da licitação em situações não autorizadas em lei pelo Congresso Nacional⁷⁵. De igual modo, não é facultado ao Poder Executivo (de qualquer ente federado) relativizar a norma em comento se, de acordo com a legislação federal, a realização de procedimento licitatório se revelar previamente imprescindível à celebração do acerto.

Por outro lado, é preciso atentar que tampouco o órgão legislativo central detém liberdade irrestrita para estabelecer as hipóteses em que as contratações administrativas poderão prescindir da licitação. A proporcionalidade, enquanto norma com reconhecida estatura superior, deve funcionar como parâmetro de aferição da justa medida das recíprocas restrições entre os princípios envolvidos.

Nessa senda, a juridicidade da contratação direta apenas poderá ser admitida caso a mitigação dos princípios implicitamente promovidos pela licitação consista em solução adequada, necessária e proporcional em sentido estrito quando cotejados com os interesses constitucionais a serem privilegiados pela regra de exceção. Nas palavras de Marçal Justen Filho, “*a hipótese de dispensa de licitação somente será válida quando existir um juízo de proporcionalidade que dê suporte à disciplina legal adotada*”⁷⁶.

Gozando, porém, de presunção de constitucionalidade, o Congresso Nacional estabeleceu na Lei Geral de Licitações as causas principais de afastamento da exigência de realização de procedimento licitatório, tendo como supedâneo a

74 Humberto Ávila esclarece que, em contraposição às normas-princípios, “*as regras jurídicas, de outro lado, são normas cujas premissas são, ou não, diretamente preenchidas, e no caso de colisão, será a contradição solucionada, seja pela introdução de uma exceção à regra, de modo a excluir o conflito, seja pela decretação de invalidade de uma das regras envolvidas*” (ÁVILA, Humberto. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007, p. 07. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic>. Acesso em: 07 jan. 2021).

75 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 10^a ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 38-39.

76 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 17^a ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 469.

autorização contida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição. Previu, assim, as cláusulas gerais permissivas das contratações diretas.

Primeiramente, definiu hipóteses de dispensa da licitação em que o procedimento competitivo, embora viável, pode ser afastado mediante uma análise dos elementos do caso pelo administrador, ponderando os benefícios derivados da contratação direta com aqueles que poderiam ser alcançados se houvesse a instauração do certame. Consoante expõe Diogo de Figueiredo Moreira Neto, correspondem a casos de "*desnecessidade de competição*"⁷⁷, dependente de um juízo de conveniência e oportunidade a ser exercido pelo gestor⁷⁸.

A seu turno, reconheceu também a possibilidade de se mostrar inexigível a licitação em virtude da inviabilidade de competição, "*porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração*"⁷⁹. Nesses casos, uma avaliação meritória do gestor apresenta-se irrelevante com vistas à utilização, como suporte normativo, das cláusulas de inexigibilidade previstas na lei, pois inexistentes alternativas à única contratação possível no plano concreto.

José dos Santos Carvalho Filho pontua com a clareza habitual a diferença verificada entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação sob esse aspecto:

A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente

77 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16ª ed. ver. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 202.

78 Cabe, contudo, diferenciar as causas de licitação *dispensável* das causas de licitação *dispensada* pelo legislador. Em razão das primeiras, havendo autorização legal para o afastamento do procedimento licitatório, cabe ao gestor avaliar a conveniência e a oportunidade de sua perpetração. A Lei Federal nº 8.666/1993 trouxe no rol previsto no seu artigo 24 as situações em que esse juízo pode ser empreendido pelo gestor. No entanto, há casos outros em que o próprio legislador já perfaz essa apreciação meritória e decide *aprioristicamente* pela exigência da contratação direta, vedando à Administração a realização da licitação, muito embora fosse ela viável. Nesses casos, a licitação será considerada dispensada pela própria lei, como ocorre, *v. g.*, nas situações elencadas no artigo 17, incisos I e II, da Lei Federal nº 8.666/1993. Ressalte-se que o PL nº 4.253/2020, pendente da análise presidencial, acolheu a diferenciação conceitual acima exposta, malgrado tenha concebido uma modificação parcial da sistemática normativa aplicável (*v. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Op. cit.*).

79 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 302.

*ocorre na inexigibilidade, como se verá adiante, porque aqui sequer é viável a realização do certame*⁸⁰.

Sem embargo, a doutrina costuma trazer um segundo elemento de *discrímen* entre as categorias atinentes às contratações diretas. Enquanto as causas de inexigibilidade não se esgotam nas situações expressamente previstas em lei, alcançando quaisquer outras em que a competição seja impraticável, considera-se taxativa a lista trazida pela legislação quanto às causas permissivas de dispensa de licitação, sendo vedada a sua ampliação por instrumento não consistente em lei editada pelo Congresso Nacional.

Nessa toada, Jacoby Fernandes opina que

A principal distinção entre dispensa, lato sensu, e inexigibilidade é que no primeiro caso o legislador procedeu ao minucioso exame e confronto entre os princípios fundamentais agasalhados pela Constituição Federal e o princípio da licitação, estabelecendo previamente, em numerus clausus as hipóteses em que o Administrador está autorizado a promover a contratação direta.

*Já a inexigibilidade tratou do reconhecimento de que era inviável a competição entre ofertantes, seja porque só um fornecedor ou prestador de serviços possuía a aptidão para atender ao interesse público, seja porque fazia face às peculiaridades no objeto contrato pretendido pela Administração. Por esse motivo, o legislador elencou as três principais hipóteses, em caráter exemplificativo, permitindo ao agente que, diante do caso concreto, reconhecendo a inviabilidade de competição, promova a contratação direta*⁸¹.

Não obstante as diferenças indicadas, quando a dispensa de licitação for expressamente autorizada pela legislação federal ou se houver a constatação da inviabilidade de competição, abre-se campo para a contratação direta,

80 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 248.

81 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Op. cit., p. 465.

excepcionando-se a regra da licitação prévia à celebração de contratos administrativos.

2. Os limites do direcionamento das contratações diretas

Não há dúvidas de que a licitação não é o único meio que, destinado a proceduralizar a contratação de terceiros pelo Poder Público, se apresenta apto a garantir a celebração de um bom concerto, tampouco a realização dos princípios que regem a Administração.

Na realidade, a própria licitação não é um instrumento impassível de críticas. Muito embora ela se predisponha à efetivação de diferentes valores constitucionais, a sua rigidez procedimental e a ausência de celeridade imposta às contratações públicas podem ser compreendidas como pontos negativos, reduzindo, sob certa ótica, até mesmo a concretização dos princípios da eficiência e da economicidade.

Já na contramão da pactuação precedida de licitação, as contratações diretas são vistas como um caminho mais curto para o atendimento a necessidades públicas, mas, ao mesmo tempo, conferem certa desvalia a outros princípios constitucionais, em especial, ao princípio da isonomia.

Não com outro fundamento, existem decisões do Tribunal de Contas da União que asseveram que, quando a competição for viável e ainda que exista a autorização legal para a contratação direta, deve a Administração proceder à realização da licitação, pois seria essa a solução que atenderia de forma mais adequada às normas constitucionais⁸².

Não parece, contudo, ser essa a melhor compreensão. Afinal, o procedimento licitatório não pode ser considerado o meio que promove mais adequadamente os interesses tutelados pela ordem jurídica pelo simples fato de haver mais de um sujeito passível de contratação, tampouco aquele que necessariamente realiza de maneira mais ajustada o conjunto dos princípios que vinculam a atuação do gestor. Ainda, essa inteligência significaria equiparar, equivocadamente a nosso ver, as causas de dispensa às de inexigibilidade de licitação, gerando, por via transversa, uma afirmação tácita da inconstitucionalidade das primeiras.

⁸² Ilustrativamente, ao tratar de certa contratação firmada com fundamento no artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993, o TCU entendeu que "*esse artigo é inaplicável a contratações em áreas onde operam exclusivamente entidades sem fins lucrativos; caso contrário, fere-se o princípio da isonomia insito nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e 3º, caput, da Lei no 8.666/93*" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.731/2003. Primeira Câmara. Relator: Iram Saraiva. Seção: 05/08/2003).

Não destoa dessa linha de entendimento Jacoby Fernandes, com uma intelecção voltada à realização dos princípios da isonomia e da impessoalidade:

Alguns doutrinadores de nomeada, com frequência, examinando incisos do art. 24, colocam para contraste a questão da isonomia e concluem que, havendo mais de uma instituição, o objeto deve ser licitado.

Cabe obtemperar que a licitação não é o único meio de garantir a efetividade dos princípios da isonomia e da impessoalidade. Segundo, o legislador pátrio não pode abrir, ao seu talante, possibilidades de contratação direta sem acatamento ao princípio da licitação se não tiver a sustentá-lo outro princípio, também consignado na Constituição Federal.

É importante lembrar que a inviabilidade de competição só é requisito para a contratação direta por inexigibilidade, conforme expressamente estabelece o art. 25. Não se pode criar, pela via doutrinária, palavras que não existem na Lei. Logo, mesmo existindo várias instituições com igualdade de condições – se forem exatamente iguais, o que é pouco provável – a escolha pode ser feita por uma pesquisa de preços, por exemplo. Mais adequado seria que a justificativa da escolha do contratado tivesse relação com a capacidade da instituição e o objeto do contrato, e não só com o preço⁸³.

Ocorre que, independentemente da adoção do procedimento licitatório ou da alternativa pela contratação direta, a correspondente decisão administrativa deve ser sempre fundamentada, avaliando, a partir da proporcionalidade, qual a opção que privilegia de forma ótima os diferentes interesses constitucionais imbricados no caso.

Há, todavia, alguns aspectos fundamentais a serem considerados. Ao realizar uma licitação, torna-se obrigatória a observância de uma série de requisitos legais cujo desrespeito pode macular não apenas o procedimento, mas, por extensão, o contrato que venha a ser celebrado. A seu turno, a competição publicamente instaurada e regularmente desenvolvida tem a aptidão de afastar, ao menos sob um

83 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Op. cit., p. 367-368.

primeiro olhar, questionamentos concernentes à eleição do contratado e ao preço a ser praticado, sendo usualmente suficiente para justificá-los o resultado positivo do certame.

Já se a alternativa escolhida for a contratação direta, o procedimento administrativo prévio à sua celebração ganha mais maleabilidade, impondo-se, em outra via, além da demonstração das pertinências legal e, quando for o caso, meritória do afastamento da licitação, a apresentação de motivos que embasem a escolha do fornecedor e o preço determinado⁸⁴.

Cuida-se de exigências que, caso não derivassem expressamente da lei, poderiam ser facilmente extraídas dos princípios contidos no artigo 37, da Carta da República. Não é porque a licitação pode ser legitimidade afastada que as contratações diretas podem ser estabelecidas, por exemplo, com valores não condizentes com o objeto do concerto, privilegiando-se o particular em detrimento do erário.

Nessa linha, malgrado nem todas as cláusulas legais atinentes às contratações diretas tragam como requisito específico a compatibilidade do valor ajustado com aquele praticado no mercado, a existência de um preço justificável e devidamente demonstrado é medida inafastável, sob pena de violação ao dispositivo legal referido e, também, aos princípios da eficiência e da economicidade.

Em direção similar, o ordenamento jurídico não tolera que a Administração seja conduzida por um subjetivismo imanente à pessoa do agente público. Os atos administrativos, apesar de firmados internamente por algum indivíduo, o são em nome da pessoa jurídica de que faz parte, que, por imperativo constitucional, não detém preferência pessoal alguma.

Na realidade, consiste esse no mais importante comando normativo passível de dedução do princípio da impessoalidade, se distanciado do princípio da isonomia. Com razão, nesse sentido, as lições de Clovis Beznos:

Esse é exatamente o sentido do princípio da impessoalidade, que informa que o agente jamais pode ser considerado como pessoa, quando expressa a vontade estatal, conferindo ao Estado força anímica,

⁸⁴ É preciso ressaltar que o PL nº 4.253/2020, que aguarda o exame sancionatório do Presidente da República, pontuou, em seu artigo 71, a necessidade de instrução do processo de contratação direta com elementos *formais* adicionais aos que previstos no artigo 26, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993 (v. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. *Op. cit.*).

incorporando esse verdadeiro "avatar", sendo uno e indivisível com o ser incorporado.

A impessoalidade significa que o agente movimenta e integra o órgão, que com ele se confunde, que assim pode desempenhar as suas atribuições, fazendo-o como o próprio ser estatal, a que dá vida, vontade e ação.

Significa a impessoalidade que, nessas condições, abandona o agente a sua condição de pessoal, para ser parte de outra, em uma relação exclusivamente orgânica, em que a sua vontade como pessoa jamais pode ser ativada, a não ser para configurar exclusivamente a vontade do Estado⁸⁵.

Em verdade, ao ser pretendida a formação de um elo contratual pelo Poder Público, a sua razão subjacente deve guardar relação com a utilidade a ser obtida. Já o interesse na pessoa do fornecedor deve ser considerado inexoravelmente indireto, decorrente do fato de que corresponde ao possível prestador da atividade almejada.

Nessa medida, a justificativa postulada para a escolha do futuro contratado tem, com este, um vínculo meramente reflexo. Mesmo em situações em que haja exclusividade de fornecimento ou em que a pactuação direta esteja amparada nas qualidades pessoais do particular, a Administração visa ao recebimento do objeto indicado na avença e, como contrapartida, a uma menor oneração aos cofres públicos.

Não aparenta soar correto, por conseguinte, o posicionamento sustentado por Jacoby Fernandes de que, nos casos em que a contratação direta é autorizada em função da pessoa, haja uma afinidade entre a demonstração da legitimidade concreta do afastamento da licitação e a justificação da escolha do fornecedor⁸⁶. Isso porque, enquanto a explicitação do preenchimento dos pressupostos pertinentes à adequação legal da contratação direta satisfaz a exigência de demonstração da legitimidade do afastamento do procedimento preconizado pelo artigo 37, inciso

85 BEZNOS, Clovis. *Aspectos sobre a responsabilidade civil do servidor in*. CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. *Direito disciplinário internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 459.

86 Segundo Jacoby Fernandes, "haverá casos em que a licitação será dispensada ou inexigível, em razão direta da pessoa do contratado, como sói acontecer nos casos referidos nos incisos VIII, XI, XIII, XIV, XX, XXII, XXIII e XIV do art. 24, quando é a peculiar condição do agente que autoriza a contratação direta, desde que atendidos os demais requisitos da lei. Nessa hipótese, haverá íntima relação entre a justificativa da situação geradora da dispensa ou inexigibilidade de licitação e o atendimento da instrução, explicitando as razões de escolha do fornecedor" (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Op. cit., p. 575-576).

XXI, da Constituição⁸⁷, a apresentação dos motivos da eleição do contratado destina-se ao atendimento de finalidade diversa, qual seja, revelar que a escolha se deu sob um critério juridicamente válido e, portanto, objetivo.

Nesse toar, deve-se perceber que justificar a seleção de certo particular implica, no mais das vezes, apresentar motivos pelos quais houve a sua escolha em detrimento de outros particulares. Para tanto, é necessária, salvo se inviável, a perpetração de um procedimento que permita à Administração exercer um exame comparativo do custo-benefício inerente a diferentes alternativas contratuais.

Não basta, assim, que o móvel do agente não seja ética ou moralmente reprovável. É preciso que, nos limites do possível, haja a implementação de um procedimento que forneça ao gestor informações que lhe permitam constatar, por exemplo, que eventual particular com quem a Administração já detenha algum vínculo, que seja da confiança pessoal do agente ou que, por qualquer razão, seja aventado, em um primeiro momento, como possível contratado não seja aquele disposto a oferecer uma solução bilateral mais favorável à satisfação do interesse público.

Não se desconhece a existência de precedente do Tribunal de Contas da União em sentido diferente, no qual se consigna que, nas contratações diretas, não haveria de se falar em direcionamento ilícito, sob pena de equiparação procedimental com a licitação, como pode ser verificado:

10. Em sendo assim, não vislumbro sentido em se falar em direcionamento ilícito para a realização de contratações diretas.

11. É certo que a situação motivadora da contratação direta deve ser devidamente evidenciada, a escolha da contratada deve ser justificada e os preços praticados devem ser os de mercado, sempre de acordo com o disposto nos incisos I, II e III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993.

12. Nessa linha, a existência de outras propostas de preços, além daquela contratada, possui por objetivo

⁸⁷ Convém salientar que a Lei Federal nº 8.666/1993 explicita, em seu artigo 26, *caput*, que as contratações mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação devem ser "*necessariamente justificadas*" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Op. cit.*). No mesmo sentido, porém indo um pouco além, o PL nº 4.253/2020 traz imposição de que haja "*parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos*" (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. *Op. cit.*).

justificar o preço a ser contratado. Não há que falar, como aponta a unidade técnica, na realização de um procedimento de disputa para se averiguar a proposta mais vantajosa. Caso assim fosse, não se estaria falando de dispensa de licitação, mas de licitação propriamente dita.

13. É bem verdade que, caso a contratação não ocorra pela proposta de menor preço, o gestor deve justificar o preço praticado e demonstrar as razões de seu procedimento. Nos casos em tela, entretanto, não há indicativos de que não tenha sido contratada a proposta mais vantajosa economicamente e tampouco os gestores foram instados a se manifestar a respeito⁸⁸.

Tudo indica, porém, ser mais consentâneo com a ordem constitucional o entendimento apresentado por Marçal Justen Filho, para quem deve ser exigido um procedimento administrativo simplificado destinado à escolha do contratado a partir dos contornos objetivos envolvidos na proposta, sob pena de infringência a valores de elevado *status* jurídico:

A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.

(...)

A contratação não poderá ofender o princípio da isonomia. Existindo diversas instituições em situação semelhante, caberá um procedimento seletivo simplificado para selecionar aquela que apresenta a melhor proposta – ainda que essa proposta deva ser avaliada segundo critérios diversos do ‘menor preço’ (...).

88 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.157/2013. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Seção: 15.05.2013.

Então, a Administração não pode privilegiar certa instituição, de modo injustificado. Se diversas instituições desempenham atividades equivalentes e todas podem ser contratadas pela Administração, é imperioso justificar o motivo de preferência por uma delas especificamente. Se não for possível encontrar um fundamento compatível com o princípio da isonomia, a solução será produzir um processo seletivo que assegure igualitário a todas as possíveis interessadas⁸⁹.

Revela-se irretocável, nessa medida, a anotação de que a autorização de afastamento do procedimento licitatório não significa a possibilidade de desconsideração dos princípios aplicáveis à Administração Pública. Ainda que inexista licitação, o princípio da impessoalidade obsta que o gestor direcione a contratação a certo particular sem um justo e demonstrado motivo. As experiências passadas vivenciadas pelo agente público e os vínculos de natureza política ou pessoal não consistem em critério razoável para a seleção do contratado. Sob a ótica da Administração, não importa quem seja o fornecedor, mas, sim, a sua aptidão objetiva para prestar, por um preço justificável, a atividade pretendida. Como já se disse, a pessoa do contratado é relevante, no máximo, sob uma perspectiva indireta.

De fato, a regra não pode ser o direcionamento das pactuações diretas, apenas justificadas quanto ao preço. Afinal, apresenta-se relativamente simples a criação de uma pesquisa mercadológica que redunde na constatação de que o valor ofertado pelo particular a quem é dirigido o acerto conforma-se àquele praticado no mercado. Representaria aceitar a existência de um canal no qual atuações desvinculadas da impessoalidade e da eficiência administrativas teriam ampliadíssimo espaço, ao passo que o correspondente controle ficaria substancialmente prejudicado.

Como mandados de otimização, esses princípios, embora passíveis de ponderação, devem, como regra geral, conduzir as contratações diretas à anterior realização de um procedimento objetivo e impessoal, malgrado de cunho simplificado, que proveja ao gestor público elementos materiais capazes de embasar a escolha do fornecedor. Inexiste qualquer razão lógica ou jurídica para *aprioristicamente* retirar da Administração a oportunidade dela própria usufruir de uma mesma utilidade por um preço menor ou, de acordo com o caso, de uma prestação de qualidade superior por um valor igual ou compatível.

Nesse diapasão, a eficácia normativa dos princípios da impessoalidade e da eficiência deve ser irradiada até o ponto máximo a partir do qual entre em colisão

89 JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 467 e 522.

com as pretensões normativas de outros valores constitucionais relevantes⁹⁰. A proporcionalidade, que serve de parâmetro para a decisão pela contratação direta ao invés da realização da licitação, funciona também condicionando a definição dos contornos do procedimento a ser adotado, especialmente quanto à amplitude da participação de potenciais interessados.

Há de se reconhecer que a determinação do ponto ótimo da realização das normas constitucionais envolvidas somente pode ser levada a cabo mediante o exame dos elementos do caso pelo gestor. Sem embargo, os princípios da impessoalidade e da eficiência são, ainda assim, importantes balizas à deliberação administrativa, na medida da realidade fática e das necessidades públicas verificadas.

Cumprir perceber que a maior parte das hipóteses legais de contratação direta não decorre de uma impossibilidade de celebração dos concertos administrativos apenas em um segundo momento. Mesmo os acordos amparados em contextos emergenciais ou de calamidade pública usualmente comportam, sob as perspectivas fática e jurídica, alguma dilação procedimental anterior, visto que, em razão dos instrumentos tecnológicos atualmente existentes, é possível à Administração receber diferentes propostas em um reduzido espaço de tempo.

Para todas essas situações, impõe-se, a princípio, a realização de um procedimento objetivo e impessoal para a escolha do prestador, sendo juridicamente inaceitável, como regra geral, que a contratação seja subjetivamente dirigida, embora o grau de efetivação possível dos princípios em questão – cabe frisar – varie conforme o caso.

Não obstante, há realidades excepcionais em que não se pode censurar o direcionamento da contratação direta. A primeira, na linha do que se antecipou, corresponde àquela em que a urgência da celebração contratual se apresenta de tal monta que torne impraticável a instauração do procedimento, sob pena de prejuízo à realização do próprio interesse público perscrutado. Nesses casos, não se enxergam motivos para, desde logo, impedir eventual pactuação direcionada que permita a célere satisfação da necessidade pública. Na verdade, a proporcionalidade, aplicada a essas hipóteses, pode, inclusive, impor uma solução nesse sentido⁹¹.

⁹⁰ Como pontua Ana Paula Ávila, "a objetividade e a imparcialidade constituem fórmulas para libertar-se, tanto quanto possível, a atuação e as decisões administrativas da limitada esfera individual e subjetivados agentes públicos" (ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *Op. cit.*, p. 51).

⁹¹ Cabe ressaltar que algumas situações, embora exijam contratações emergenciais, podem apresentar-se com alguma frequência perante o gestor. Ilustrativamente, a todo tempo, a Administração Pública toma ciência de pronunciamentos jurisdicionais que impõem a compra de medicamentos em razão do ajuizamento de demandas judiciais. Da mesma maneira, pode haver necessidades recorrentes de realização de obras emergenciais para contenção de encostas com risco

Da mesma forma, se a situação examinada se fundamentar na inviabilidade de competição, se houver apenas um único fornecedor passível de contratação por dispensa de licitação (e sendo esta, no caso, inconveniente ou inoportuna) ou se restar demonstrado que a contratação de certo particular é aquela que atende da melhor forma a necessidade pública concreta consoante razões objetivas previamente conhecidas, não se pode demandar do administrador que simule desconhecer o contexto fático-jurídico à sua frente. A eficiência e a economicidade administrativas seriam claramente prejudicadas com a abertura de um procedimento que se apresentasse inócuo.

Como regra, porém, mantém-se a inadequação jurídica do ajuste direcionado mesmo quando não precedido de licitação, somente podendo ser excepcionado o dever de promoção de um procedimento objetivo e impessoal para a escolha do particular se a situação fática trazer elementos capazes de evidenciar de forma apriorística a legitimidade do direcionamento.

Cabe pontuar que a observância dos parâmetros propugnados, além de atender a princípios constitucionais caros à Administração Pública, tem o condão de fornecer elementos materiais à satisfação da obrigação atribuída ao gestor de justificação da escolha daquele que será contratado.

Nesse caminho, havendo a realização de um procedimento objetivo e impessoal de seleção em virtude da impossibilidade da contratação dirigida, o resultado comparativo das propostas recebidas, acrescido da aferição da adequação de seus termos ao interesse público perseguido e da capacidade objetiva do fornecedor para a materialização do objeto do concerto, revela-se bastante para o cumprimento da exigência legal.

Do mesmo modo, diante de um dos casos elencados em que o direcionamento se mostra aceitável, as suas correspondentes razões se confundem com a parte mais sensível da justificativa da escolha do contratado, restando pendente apenas a atestação da sua aptidão para o desempenho da atividade e da pertinência objetiva entre a prestação aventada e a necessidade pública a ser atendida.

A única exceção que se cogita corresponde à contratação dirigida vinculada a uma urgência que impeça, sob o ponto de vista temporal, qualquer dilação

de desabamento. Em casos corriqueiros, pois, os princípios da Administração recomendam a criação de instrumentos aptos a atender de forma juridicamente adequada a essas necessidades. Para tanto, a formação de uma ata de registro de preços, quando possível, ou o cadastramento prévio de fornecedores com o estabelecimento de regras para a escolha pontual do contratado consistem em medidas legítimas que, em última instância, têm o condão de conferir primazia aos princípios da impessoalidade e da eficiência, dentre outros valores constitucionais relevantes.

procedimental. Nesse caso, a explicitação desses elementos não basta para esgotar o ônus da justificação da seleção do particular. Para isso, revela-se cogente, ainda, a demonstração de que a seleção do fornecedor não derivou de uma avaliação subjetiva ou pessoal do agente ou, caso tenha derivado, que, à luz de um juízo de ponderação, consistiu em decisão não censurável concretamente.

3. O caso do censo de cortiços na Prefeitura de São Paulo

Caso elucidativo da importância jurídica da perpetração de um procedimento objetivo e impessoal nas contratações diretas consiste naquele promovido pela Secretaria Municipal de Habitação, da Prefeitura de São Paulo, com vistas à realização de pesquisa censitária nos cortiços localizados no centro expandido do Município de São Paulo⁹².

Há de se pontuar que, em virtude da reavaliação da conveniência e da oportunidade do afastamento do procedimento licitatório, a celebração do concerto acabou por não se efetivar. No entanto, podem ser extraídas valiosas lições da alternativa implementada para a seleção do fornecedor, cuja contratação direta contava, até aquele momento, com a anuência formal da autoridade competente.

Com efeito, a opção administrativa adotada foi a publicação de uma chamada pública com a finalidade de recebimento de propostas para a realização do mencionado censo, tendo como público alvo instituições que preenchessem os requisitos da hipótese de dispensa de licitação constante do artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993⁹³.

Disponibilizado o edital da chamada pública, foram apresentadas três propostas, todas consideradas tecnicamente aderentes ao termo de referência e aos requisitos da chamada. A Administração, todavia, entendeu pertinente facultar a sua reformulação aos interessados, haja vista a constatação de que havia a necessidade de um maior detalhamento técnico-metodológico quanto a itens tidos como relevantes à contratação⁹⁴.

92 Processo SEI nº 6014.2017/0000440-1, Disponível em: <http://processos.prefeitura.sp.gov.br/Forms/Principal.aspx>.

93 Artigo 24, inciso XIII, da Lei Federal nº 8.666/1993: "É dispensável a licitação (...): XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, *Op. cit.*).

94 A título de elucidação, consta da comunicação administrativa datada de 05.06.2018 e dirigida aos proponentes a necessidade de apresentação de esclarecimentos adicionais sobre: (a) a metodologia de entrada nas áreas, com o detalhamento do plano de comunicação com proprietários, lideranças e

Reelaboradas e entregues as propostas com ajustes, foi eleita a melhor solução sob o ponto de vista técnico. Em seguida, procedeu-se à negociação do preço com o proponente selecionado, tendo sido alcançado um desconto de cerca de 8%, e, como efeito, um preço inferior àquele que havia sido indicado na oferta de valor mais baixo.

Com o aval do órgão jurídico e sendo previamente aberto prazo para a interposição de recursos pelos demais participantes, restou definitivamente escolhida a proposta vencedora, tendo sido, após, autorizada a contratação do correspondente prestador pelo então titular da Pasta.

Primeiramente, deve-se enaltecer a iniciativa perpetrada pelo Poder Público Municipal, que não somente implementou um procedimento objetivo e impessoal dirigido à seleção do contratado, como tornou públicas as suas pretensões administrativas. Além da clara realização dos princípios da publicidade e da transparência, a decisão adotada conferiu alargada eficácia ao princípio da impessoalidade e, em importante medida, ao princípio da isonomia, pois se concedeu oportunidade de participação no certame e, por conseguinte, de uma futura contratação a qualquer pessoa jurídica que cumprisse os requisitos estabelecidos na lei.

Note-se que, se tivesse sido selecionada certa instituição para a celebração do ajuste independentemente da dilação procedimental, os motivos para a escolha do particular eleito ao invés de outros potenciais fornecedores poderiam, com razão, ser objeto de questionamentos, ressalvada a constatação de que o direcionamento pudesse ser previamente justificado.

Sem prejuízo, insta perceber, igualmente, que os princípios da eficiência e da economicidade auferiram relevante acolhimento. Sob um enfoque técnico, o procedimento instaurado permitiu que a Administração realizasse a escolha da melhor proposta com o prévio cotejo de um maior número de soluções concretas, o que não ocorreria se houvesse uma pactuação direcionada.

Por sua vez, é inegável que, caso efetivado o concerto, a negociação promovida após a definição da melhor proposta técnica teria acarretado ganhos também sob a perspectiva do erário. Isso, contudo, somente seria franqueado em uma licitação, com adaptações inerentes aos regramentos legais pertinentes, se o

pessoas residentes no território; (b) o cronograma detalhado da entrega dos produtos indicados no termo de referência; e (c) a forma de interlocução com o poder público.

critério eleito fosse o de “melhor técnica”, que, não raras vezes, gera apontamentos pelos órgãos de controle⁹⁵.

A seu turno, a flexibilidade procedimental imanente a essa forma de pactuação viabilizou ao Poder Público que fosse oportunizado o ajustamento das proposições feitas no primeiro momento, considerando, de um lado, a natural predisposição administrativa de contratar uma solução mais conformada às necessidades públicas e, de outro, a compreensão pela adequação de um maior detalhamento técnico-metodológico das propostas.

Também no que diz respeito à definição do preço, a abertura subjetiva dada ao certame tornou conhecidas informações importantes para a fase de negociação, havendo, a partir das diferentes propostas, mais parâmetros concretos para que a Administração provocasse a redução do valor ofertado pela proposta mais bem qualificada tecnicamente.

Como se pode inferir, os variados elementos extraídos do procedimento autorizam dizer que a opção implementada contribuiu para o incremento da relação custo-benefício alcançada ao final, especialmente se confrontada com eventual direcionamento da avença. Restaram combinados, assim, alguns aspectos positivos inerentes às licitações com a celeridade e a maleabilidade ínsitas às contratações diretas.

Já sob a ótica mais particularizada do gestor, a sua atividade decisória tornou-se materialmente mais singela. Afinal, para a autorização da celebração do contrato, a justificação da escolha do fornecedor passou a depender, além da análise da adequação da proposição à necessidade pública e da aptidão do fornecedor para a execução do contrato, da mera exposição do exame comparativo objetivo das propostas apresentadas, reduzindo, ainda, como um efeito colateral a ser ressaltado, os riscos perante os órgãos controladores.

4. Considerações finais

É certo que as contratações diretas são uma das alternativas possíveis para a execução de atividades necessárias ao atendimento de interesses públicos. A falta, contudo, de parâmetros bem definidos pela legislação para a justificação exigida

⁹⁵ Vale pontuar que, pela relevância conferida à proposta técnica no procedimento, haveria alguma dificuldade de enquadramento do objeto pretendido como um “serviço comum”, o que inviabilizaria a realização de um pregão, que, como se sabe, também prevê a negociação do preço ofertado como uma etapa possível da licitação. Sem embargo, impende apresentar que o PL nº 4.253/2020, aprovado pelo Congresso Nacional, pretende tornar a negociação do preço possível em qualquer licitação, após a definição do resultado do julgamento do certame, conforme informa o seu artigo 60 (v. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. *Op. cit.*).

quanto à seleção do contratado impõe à atuação administrativa certa insegurança quando considerada concretamente a possibilidade do afastamento da licitação, ainda que autorizado em lei.

Por sua vez, é sabido que a ausência de detalhamento normativo não serve de alibi para decisões que, em seu âmago, distanciem as contratações públicas do que preconizam os ditames constitucionais, ainda que de natureza principiológica. A vinculação à juridicidade demanda, de fato, a constante e inafastável reverência do Poder Público às normas estabelecidas pelo Constituinte.

Nesse contexto, cumpre observar que o princípio da impessoalidade, aliado ao princípio da eficiência e ao seu correlato princípio da economicidade, postula que sejam realidade na Administração decisões eminentemente objetivas e impessoais, inclusive, na escolha do fornecedor nas pactuações não precedidas de licitação. Para tanto, a implementação de um procedimento anterior que conceda ao Poder Público a oportunidade de obter, à luz de diferentes possibilidades contratuais, uma melhor relação custo-benefício revela-se, como regra, imprescindível. Já o direcionamento das contratações diretas movimenta-se em um sentido contrário, tornando passível de presunção, malgrado relativa, o desatendimento do que recomendam os referidos princípios.

Com efeito, não se tem a pretensão de instituir critérios rígidos ou absolutos, aplicáveis a todo caso com o qual a Administração se depare, haja vista que a análise definitiva da pertinência da dilação procedimental e do grau apropriado de sua perpetração depende fundamentalmente dos contornos da situação concreta. No entanto, os parâmetros elencados, a que se acrescem as lições derivadas do procedimento instaurado para a pretendida contratação do censo de cortiços pela Prefeitura de São Paulo, têm o condão de auxiliar o gestor na tomada de decisão, garantindo, de um lado, uma maior eficácia a princípios constitucionais e, de outro, uma satisfação mais adequada e segura do dever de justificação imposto pela legislação.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o "princípio da supremacia do interesse público sobre o particular"*. Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto

Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <https://fliphtml5.com/fdns/yvgj/basic>. Acesso em: 07 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)* in. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEZNOS, Clovis. *Aspectos sobre a responsabilidade civil do servidor in: CELY, Martha Lucia Bautista; SILVEIRA, Raquel Dias da. Direito disciplinário internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.157/2013. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Seção: 15/05/2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1.731/2003. Primeira Câmara. Relator: Iram Saraiva. Seção: 05/08/2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. *Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 118-120. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/639/466>. Acesso em: 07 jan. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação pública: a lei geral de licitações e o regime diferenciado de contratação*. 2ª ed. atual., rev. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113-114. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/26126>. Acesso em: 07 jan. 2021.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Contratação direta sem licitação*. 10ª ed. rev., atual. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da moralidade administrativa in: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luís Manuel Fonseca; ZOCKUN, Mauricio (coord.). Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16ª ed. ver. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 24ª ed. rev. e atual nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FELIPE FERNANDES PINHEIRO: Advogado. Bacharel em direito pela PUC-SP, pós-graduação em direito e processo do trabalho pela FGV-SP, mestrando em direito do trabalho pela PUC-SP. São Paulo. Tel: (11) 9.9941-4889.

RESUMO: A dignidade da pessoa humana é o cerne do ordenamento jurídico brasileiro e, na qualidade de princípio informador, seus efeitos subordinam todas as demais normas jurídicas. Em relação aos direitos fundamentais, desdobramentos específicos do princípio constitucional informador, cada um deles representa a incidência da dignidade humana, de forma que a observância dos direitos sociais, em especial o direito ao lazer, traz efetividade ao princípio maior do constitucionalismo brasileiro. Nessa perspectiva, o presente artigo irá abordar o direito fundamental ao lazer nas relações de trabalho como conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, a partir da análise histórica e filosófica dos institutos e seus fundamentos legais.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana; Direitos fundamentais; Direito ao Lazer; Relações de Trabalho.

ABSTRACT: The human dignity is the foundation of Brazilian legal system and such, its effects subordinate all other legal rules. It also underlies all fundamental rights, meaning that the observance of social rights, especially the right to leisure, brings effectiveness to the principle of human dignity. Therefore, this paper aims to study the fundamental right to leisure in labor relations as a minimum content of the human dignity, based on historical and philosophical analysis of the institutes and their legal foundation.

KEYWORDS: Human dignity; Fundamental rights; Right to leisure; Labor relations.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. 3. Direito fundamental ao lazer. 4. Direito ao lazer e a dignidade humana nas relações de trabalho. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito, como um produto das ciências morais, está em constante evolução, nos limites da capacidade humana de lidar com os fatos valorados pela sociedade de

seu tempo. No âmbito do direito do trabalho, essa realidade é acentuada em função do dinamismo das relações sociais, notadamente frente ao avanço tecnológico que, como fonte material do direito do trabalho, impacta diretamente nas relações cotidianas. Parece seguro afirmar que a tecnologia, de certo modo, reduziu a penosidade do trabalho, encurtando caminhos que antes dificultavam a vida profissional. Entretanto, o paradigma a ser enfrentado é de que o homem coloque as máquinas a seu jugo e não se veja escravizado por elas, mediante a necessidade de hiper conexão, ou consumo acrítico e desenfreado de informações, como se fossem peças de uma grande engrenagem.

Vale dizer, o progresso da ciência jurídica e da sociedade não pode ocorrer à revelia de seus fundamentos, notadamente da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do Estado Democrático de Direito e da sociedade, cujos efeitos subordinam a interpretação e vinculam todas as demais normas dispostas no ordenamento jurídico brasileiro. Neste aspecto, destaca-se o direito ao lazer, direito fundamental de segunda dimensão que, aos olhos do homem-trabalhador, pode ser relegado ao segundo plano dos direitos sociais, em escala inferior e contraposta ao também social direito ao trabalho.

Traçado esse panorama, o objetivo do presente artigo é analisar o direito ao lazer nas relações de trabalho à luz da dignidade da pessoa humana, a fim de compreendê-lo como conteúdo mínimo desse princípio vinculante do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, não se deixa de reconhecer a notável importância do trabalho para a dignificação do ser humano, mediante sua capacidade socializadora, de fornecer meios para a subsistência do indivíduo e de sua família, e até mesmo como paradigma existencial. Contudo, a proposta é enxergar no direito ao lazer um conceito igualmente fundamental ao desenvolvimento da personalidade do trabalhador, na medida em que viabiliza ao indivíduo sua autonomia, autoconhecimento e autorresponsabilização perante os demais membros do corpo social. Busca-se, portanto, recolocar o direito ao lazer em paridade com os demais direitos fundamentais elencados na Constituição Federal para que possa confrontar com eles.

Para tanto, será feita uma breve análise do conceito e conteúdo da dignidade da pessoa humana, a partir de uma perspectiva histórica e filosófica, percorrendo o caminho até sua positivação como um conceito jurídico. O item seguinte irá se debruçar sobre o direito fundamental ao lazer, partindo de seu conceito, objetivos sociológicos e os fundamentos de sua proteção como um instituto jurídico constitucional. Em seguida, será analisado o direito ao lazer na perspectiva da dignidade da pessoa humana, a partir de um breve estudo sobre a noção de ócio para os antigos e os impactos dessa transformação para a concepção moderna de lazer. Por fim, o último item será dedicado às considerações finais, onde serão

retomados os principais pontos do trabalho e o levantamento final sobre direito fundamental ao lazer como conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem é um animal social e sua natureza exige a convivência cívica. Não à toa, a natureza agraciou apenas a espécie humana com o dom da fala, fazendo com que, dentre todos os animais que vivem reunidos, o homem se destacasse por sua mais alta sociabilidade⁹⁶. Curiosamente, em comparação com os outros animais, as carências e necessidades orgânicas dos seres humanos contrastam com os meios fornecidos para superá-las, de forma que a elevação da condição humana a um patamar superior à de todas as outras criaturas está intimamente relacionada com a capacidade dos homens de se relacionarem⁹⁷. Além do aspecto social, a singularidade da natureza humana é complementada por sua também inata capacidade racional, que viabiliza aos indivíduos tomar decisões informadas. Apesar de não ter uma dimensão objetiva suficiente para influenciar isoladamente o comportamento humano, é a racionalidade que permite que os seres humanos sejam seres que se projetem no futuro, que disponham de uma noção cronológica do tempo e tenham sonhos e aspirações. Esse conjunto de atributos faz com que os seres humanos não consigam viver sem atribuir valor às coisas, de forma que a constatação de um fato não é senão produto de um juízo de valor. Portanto, a peculiaridade do espírito humano é um valor em si, que deve ser respeitado e alçado à posição de fonte de todos os demais valores⁹⁸. É assim que cada pessoa humana tem um valor intrínseco acima de qualquer preço, o valor da dignidade⁹⁹.

A noção de dignidade humana em sua compreensão moderna tem origem bíblica e principalmente na filosofia Iluminista. No Velho Testamento, seu fundamento é encontrado no Gênesis, capítulo 1, versículos 26-27 e Levítico, capítulo 19, versículo 18, nas máximas de que Deus criou o homem e a mulher à sua própria imagem e impôs a cada pessoa que ame o próximo como ama a si mesmo¹⁰⁰. Na filosofia, Giovanni Picco della Mirandola foi o primeiro a afastar a tradição religiosa

96 ARISTÓTELES. A política. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em 15.10.2020.

97 HUME, David. Tratado da natureza humana. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. Pp. 559-560.

98 REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 4ª Ed. São Paulo: Migalhas, 2014. p. 367-368.

99 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antônio Ponto de Carvalho. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em 16.10.2020.

100 BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012. p. 15.

da ideia de dignidade humana por atribuir ao homem a condição de espécie soberana em função de seu intelecto¹⁰¹, qualidade que lhe outorgara livre arbítrio para viver segundo seu desejo¹⁰². Contudo, algumas de suas teses foram proibidas pela igreja em razão de seu cunho revolucionário para a Idade Média¹⁰³.

Foi a partir do Iluminismo, principalmente por influência do pensamento kantiano, que a ideia de dignidade humana começou a ganhar prestígio. Esse período foi marcado pela superação dos dogmas religiosos e da centralidade do homem no espaço, acompanhada pela busca de princípios universais por meio da razão¹⁰⁴. Nesse contexto, se destacou o imperativo categórico de Kant que, em sua formulação, determina que cada pessoa, em função de sua capacidade individual de utilizar a razão e, com isso, se autodeterminar, deve ser tratada como um fim em si mesmo e não poderá servir como meio para satisfação de vontade alheia¹⁰⁵.

A máxima de Kant forneceu uma fórmula universal capaz de identificar uma ação ética que respeite a singularidade humana, sem se preocupar com o conteúdo da dignidade. Para tanto – e correndo o risco inerente a toda simplificação – deve-se levar em consideração que são duas as dimensões da dignidade humana: uma interna e inviolável, composta pelo valor intrínseco de cada indivíduo; e a outra externa e relativa, amparada no valor comunitário e nos direitos e deveres que decorrem dele¹⁰⁶.

Quanto à dimensão interna, elemento ontológico da dignidade da pessoa humana, a premissa é de que os seres humanos são dotados de razão e autonomia e, portanto, são potencialmente capazes de se autodeterminar, isto é, de definir o sentido da própria existência¹⁰⁷. Disso decorre o valor intrínseco inerente a cada ser humano, valor inalienável e irrenunciável, ao qual se aplica a matriz kantiana do

101 PICO, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Tradução bilíngue anotada e comentada de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 2015. pp. 53-54

102 PICO, Giovanni. 2015. pp. 61-63

103 Ibidem. p. 38.

104 DE CICCIO, Cláudio. História do direito e do pensamento jurídico. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p.189

105 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antônio Ponto de Carvalho. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em 16.10.2020.

106 BARROSO, Luís Roberto. 2012. pp. 61-62.

107 SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 21-23

homem como um fim em si mesmo e nunca como um meio para satisfação de desejo alheio.

Já a dimensão externa conduz à necessidade de avaliar a dignidade humana como um valor compartilhado por cada indivíduo integrante do agrupamento social. Em sendo seres naturalmente sociáveis, e considerando que a dignidade é inerente a cada pessoa e, portanto, a todas as pessoas, sua análise só faz sentido no âmbito comunitário¹⁰⁸. Neste prisma, a dignidade humana pressupõe a igualdade e impõe a cada um o dever de respeitar o valor intrínseco de seus semelhantes¹⁰⁹.

A relativização da dimensão externa da dignidade humana é justificada em função de sua dimensão histórico-cultural, que exige uma constante contextualização da dignidade em relação ao espaço e ao tempo em que incidem suas implicações. A dignidade não é um valor puro ou apriorístico e seu conteúdo concreto estará sempre em processo de desenvolvimento¹¹⁰.

Apesar de difundido na filosofia ainda no século XVIII, a consolidação da dignidade humana como um conceito jurídico tem como marco histórico o final da Segunda Guerra Mundial, oportunidade em que se convencionou a necessidade de reestabelecer a moral e os direitos humanos como patamar ético, após as atrocidades cometidas em nome da lei¹¹¹. Dois fatores foram cruciais para esse novo panorama jurídico: a introdução da dignidade humana em diversos documentos internacionais e em constituições nacionais; e a propagação do pós-positivismo jurídico, segundo o qual o direito não existe por si só e está intimamente relacionado à moral e à filosofia¹¹².

No âmbito do direito internacional, o pós-guerra fortaleceu a internacionalização dos direitos humanos, marcada pela expansão das organizações internacionais, cujo símbolo maior foi a redação da Carta das Nações Unidas de 1945¹¹³. Já em seu preâmbulo, a Carta afirma a crença das Nações Unidas nos direitos fundamentais, na dignidade e nos valores da personalidade humana. Na

108 ARENDT, Hannah. A condição humana. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007. pp. 15-17.

109 SARLET, Ingo Wolfgang. 2013. p. 27

110 Ibidem. pp. 27-28.

111 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 184

112 BARROSO, Luís Roberto. 2012. pp. 18-19.

113 A Organização das Nações Unidas foi fundada em 1945, após a Segunda Guerra Mundial, por representantes de 50 países, com o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais, desenvolver uma cooperação internacional para solucionar problemas internacionais e fomentar o respeito aos direitos humanos, Cf. Organização das Nações Unidas. Disponível em <https://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html>. Acesso em 19.10.2020.

sequência, o artigo 1º estabeleceu que um dos propósitos perpétuos da comunidade internacional é a cooperação para a promoção e fomento da valorização aos direitos humanos. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consagra o respeito à dignidade humana e aos valores universais básicos ao estabelecer, no artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Essa perspectiva internacional reconhece a dignidade como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição do homem¹¹⁴.

Em relação às constituições nacionais, a Lei Fundamental Alemã de 1949, inaugurou a positivação do valor dignidade para as ordens constitucionais locais. Seu artigo 1º dispõe que “a dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais”. Influenciada pelo modelo alemão, a Constituição portuguesa de 1976 estabeleceu a dignidade da pessoa humana como pressuposto de vigência do ordenamento jurídico local e a Constituição espanhola de 1978 fundamentou a ordem pública e a paz social na dignidade de cada pessoa¹¹⁵.

No ordenamento jurídico brasileiro, apesar de constituições anteriores mencionarem o tema¹¹⁶, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar a dignidade como valor central da ordem jurídico-social, alçando-a à posição de fundamento do Estado Democrático de Direito logo em seu artigo 1º, inciso III. A referência direta ao termo é encontrada também no artigo 170, *caput*, que trata dos valores fundantes da ordem econômica; artigo 226, §7º, que trata do planejamento familiar como direito inerente à dignidade; artigo 227, que aborda os deveres da família, sociedade e Estado pela dignidade dos jovens; e artigo 230, que tutela a dignidade dos idosos.

No entanto, uma Constituição que tem a dignidade humana como ponto de partida assume o compromisso de tratá-la como objetivo pedagógico, de forma que

114 PIOVESAN, Flávia. 2012. p. 204.

115 MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 6, no. 2, jul./dez. 2013. p. 85.

116 A Constituição de 1946 se referiu à “existência digna”, no art. 145, parágrafo único, enquanto as constituições de 1967 e 1969 mencionaram a dignidade da pessoa humana no capítulo sobre a ordem econômica e social, fundada, dentre outros, na valorização do trabalho. Cf. DELGADO, Maurício Godinho. Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho e o expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone, DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). São Paulo: LTr, 2015. p. 39; e SARLET, Ingo Wolfgang, MARIONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 339-342.

seus efeitos irradiam, inclusive, nas normas que não a preveem expressamente¹¹⁷. Isto significa que a ordem constitucional de 1988 é amparada no princípio da dignidade da pessoa humana e seus efeitos subordinam todos os demais princípios, regras e quaisquer outras medidas jurídicas. Trata-se de princípio informador, pois é, ao mesmo tempo, fundamento, princípio e objetivo da República¹¹⁸. Como bem pontua Maria Helena Diniz, a dignidade da pessoa humana é o cerne do ordenamento jurídico brasileiro¹¹⁹.

Essa concepção é indispensável na medida em que a dignidade da pessoa humana é fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais¹²⁰, sendo estes meros desdobramentos das garantias específicas da dignidade humana¹²¹. Portanto, os direitos fundamentais contemplados na Constituição representam, cada um deles, a incidência do princípio da dignidade humana. Nesse quesito, a atual Constituição brasileira é extremamente avançada, já que abordou os direitos e garantias fundamentais nos primeiros capítulos, antes mesmo de tratar de temas afetos ao Estado. Essa nova topografia constitucional leva à conclusão de que o Estado existe em função do indivíduo, que como um fim em si mesmo, deverá ter sua existência protegida contra toda e qualquer arbitrariedade, quer praticada por particulares ou até mesmo pelo Poder Público¹²².

Destaca-se a também inovadora natureza poliédrica dos direitos fundamentais, que se destinam à proteção dos direitos e garantias individuais, dos direitos econômicos, sociais e culturais, e dos direitos de fraternidade e solidariedade¹²³. Nota-se que o texto constitucional alargou os direitos e garantias fundamentais ao atribuir igual importância aos direitos individuais e aos direitos sociais. No atual prisma constitucional, os direitos de liberdade valem tanto quanto os direitos de igualdade¹²⁴. Vale dizer, não há como se falar em direitos fundamentais sem que sejam observados os direitos sociais, dos quais o direito ao lazer se destaca por sua

117 HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da

Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

118 DELGADO, Maurício Godinho. 2015. p. 38.

119 DINIZ, Maria Helena. Proteção jurídica da existencialidade. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas. V. 8, nº 2, 2020. p. 189.

120 BARROSO, Luís Roberto. 2012. p. 64.

121 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 103.

122 PIOVESAN, Flávia. 2012. pp. 89-90.

123 ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 17ª edição, São Paulo: Verbatim, 2013.

124 PIOVESAN, Flávia. 2012. pp. 89-90.

essencialidade na composição do trabalho digno, ainda que a dignidade não se esgote nele.

3. DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER

O direito ao lazer é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal, que tutela, além dele, os direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados. Trata-se, portanto, de um direito fundamental de segunda dimensão, cuja origem é vinculada à falha do Estado Liberal em promover transformações sociais.

Os direitos fundamentais surgiram no final do século XVIII, a partir de revoluções burguesas que buscavam limitar os poderes do Estado Absolutista, visto então como o grande Leviatã¹²⁵. A luta contra a opressão do Estado veio tanto pela resistência armada, nas revoluções francesa e americana, quanto no campo intelectual, onde se destacaram argumentos de Kant, Rousseau e Montesquieu em favor de direitos inatos aos seres humanos, formando as bases de um Estado absenteísta que reconhecia as liberdades públicas fundamentais. Tem-se, com isso, o surgimento dos direitos civis e políticos, primeira dimensão de direitos fundamentais, que se fundou na ideia de liberdade dos indivíduos¹²⁶ contra a interferência do Estado¹²⁷.

Contudo, as ideias liberais e absenteístas perpetradas não foram suficientes para atender as demandas sociais do século XIX, principalmente diante da intensa exploração de mão de obra no período da Revolução Industrial, quando muitos ficaram à margem da dignidade humana. A agenda liberal não contemplava reformas estruturantes na sociedade a fim de promover materialmente a ideia de igualdade e garantir uma vida digna à população. Isso marcou a transição do Estado Liberal para o Estado do Bem Estar Social, voltado para a superação dos limites individuais por

¹²⁵ O termo “Leviatã” está relacionado ao célebre livro de mesmo nome, de Thomas Hobbes (1588-1679), onde trata do homem em seu estado natural, selvagem e antissocial – “o homem é o lobo do homem” – que justificaria a necessidade da renúncia de liberdades pelos cidadãos em favor de um Estado-monstro, responsável por proteger os homens de seus semelhantes. A renúncia teria sido feita a partir de um pacto social entre os cidadãos. Cf. DE CICCIO, Cláudio. História do direito e do pensamento jurídico. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 175-76.

¹²⁶ Os direitos de primeira geração caracterizam o que Benjamin Constant classificou como “liberdade dos modernos”, para quem a liberdade consistiria na submissão às leis e transferência dos direitos políticos diretos aos representantes do governo. Nessa época, inclusive, se desenvolveu o sistema representativo de governo. Nesse sentido, ver CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos: discurso proferido no Anteneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2019.

¹²⁷ JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de direito constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. pp. 196-199.

meio da função prestacional do Estado na promoção dos direitos da coletividade. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 assinalam o início do constitucionalismo social e da positivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão¹²⁸.

Mais recentemente, após duas grandes guerras, a humanidade passou a se preocupar com questões metaindividuais, de caráter universal e que transcendem fronteiras. Tem-se, com isso, os direitos de terceira dimensão, que se ocupam de temas como o desenvolvimento sustentável, a paz mundial, a conservação do meio ambiente e a autodeterminação dos povos¹²⁹. Somente a partir de então que as máximas ecoadas na Revolução Francesa foram concretizadas, por meio dos direitos de liberdade (1ª dimensão), igualdade (2ª dimensão) e fraternidade (3ª dimensão)¹³⁰.

Nota-se que os direitos sociais estão intimamente relacionados com a efetivação dos valores da dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões, na medida em que garantem a subsistência de cada indivíduo, condições mínimas para seu desenvolvimento subjetivo, além de assegurar mecanismos para a inclusão social, satisfazendo, com isso, as necessidades inerentes à existência humana¹³¹. Nesse aspecto, atribui-se especial atenção ao direito fundamental ao lazer, afinal, o reconhecimento tanto do trabalho quanto do lazer como direitos sociais faz com que o tema requeira análise detalhada no âmbito do direito do trabalho.

O lazer, segundo Joffre Dumazedier, consiste em um “conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade”, oportunidade em que pode utilizar seu tempo da forma que lhe convenha, seja para repousar, se divertir, se entreter, socializar ou desenvolver sua “formação e informação desinteressada”, isto é, aprender e desenvolver novas habilidades que não tenham relação com o trabalho¹³². Nessa perspectiva, o lazer representa a libertação do indivíduo de suas obrigações sociais, seja perante o trabalho ou as que carrega no âmbito família e comunitário. Não significa, contudo, que o lazer não envolva atividades sociais e familiares. A diferença reside em que, no exercício do lazer, essas atividades são desenvolvidas sem nenhum cunho obrigacional.

128 LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. Direitos fundamentais do trabalhador – breves considerações. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone, DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). São Paulo: LTr, 2015. p. 21.

129 JÚNIOR, André Puccinelli. 2013. pp. 200-201.

130 LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. 2015. 2013. p. 21.

131 O sentido da existência é entendido aqui como o modo próprio de ser do homem a partir da compreensão de si mesmo e da convivência com os outros. Cf. ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. pp. 398-402.

132 DUMAZEDIER, Joffre. Lazer e cultura popular. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Perspectiva., 1973. p. 34.

Trata-se, portanto, de um conceito autônomo, na medida em que é interpretado como um tempo decorrente da livre escolha desinteressada do indivíduo. Isto é, o lazer não é mera oposição ao trabalho, mas existe por si próprio, como uma forma de consagrar o ser humano como um fim em si mesmo. Enquanto goza do lazer, o sujeito dispõe da faculdade de utilizar seu tempo para desenvolver atividades criativas, lúdicas, de enriquecimento pessoal, visando seu próprio bem-estar ou o bem-estar familiar.

Na perspectiva sociológica, as três funções mais importantes do lazer são a função de descanso, no sentido de recuperar o indivíduo da fadiga física e mental causada pelas obrigações cotidianas; a função de divertimento, recreação e entretenimento, intimamente relacionada à superação do tédio inerente às atividades repetitivas; e a função de desenvolvimento, que abrange a possibilidade de o indivíduo se desenvolver cultural, social e racionalmente de forma livre, seguindo seu próprio interesse e conforme aquilo que julgar importante para o desenvolvimento de sua personalidade¹³³.

Já no âmbito das relações de trabalho, o direito ao lazer é essencial para humanizar as relações sociais, garantindo o desenvolvimento de outros valores igualmente fundamentais aos seres humanos, como a integridade física e mental, a intimidade e a privacidade¹³⁴. Nesse prisma, a tutela jurídica do lazer se justifica por se tratar de uma necessidade: biológica, no sentido de permitir o descanso e a recuperação das energias do trabalhador para continuar trabalhando; social, já que viabiliza a convivência familiar e social, necessidades inerentes à sociabilidade humana; psíquica, pois promove uma ruptura com a hierarquia do trabalho e permite que o ser humano desenvolva atividades sem compromissos sociais; e existencial, atuando como um momento de ócio criativo, fundamental para o desenvolvimento subjetivo do trabalhador¹³⁵.

Estes fundamentos justificam a necessidade de se atribuir ao lazer a qualidade de um direito fundamental. Parece claro que, ao menos na perspectiva jurídica, a vida do trabalhador não se resume ao trabalho, mas é integrada por outras dimensões igualmente importantes, como o desenvolvimento subjetivo, inerente aos direitos personalíssimos, além do convívio familiar e social, que viabilizam a efetivação da sociabilidade inerente à natureza humana.

A sistemática jurídico-trabalhista tutela o direito ao lazer por meio dos períodos de descanso, que, segundo Maurício Godinho Delgado, são “lapsos temporais regulares, remunerados ou não, situados intra ou intermódulos diários, semanais ou

133 DUMAZEDIER, Joffre 1973. pp. 32-34.

134 MASCHIETTO, Leonel. Direito ao descanso nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2015. p. 113.

135 CALVET, Otávio Amaral. Direito ao lazer. Rio de Janeiro: Labor, 2010. p. 89.

anuais do período de labor, em que o empregado pode sustar a prestação de serviços e sua disponibilidade perante o empregador". O autor segue afirmando que a relevância desses intervalos se justifica por possibilitarem a recuperação física e mental do trabalhador, além de lhe proporcionarem o convívio familiar e a participação em atividades comunitárias e políticas¹³⁶. Vale dizer, os períodos de descanso não são meramente mandamentos legais, mas constituem o reconhecimento pelo direito do trabalho das necessidades biológicas, sociais e existenciais dos seres humanos. Afinal, o direito não cria necessidades, apenas as interpreta e as regula.

Além de figurar no *caput* do art. 6º, da Constituição Federal, o lazer também foi positivado em seu art. 7º, IV, onde figura como uma das necessidades primárias que devem ser atendidas pelo patamar do salário-mínimo estabelecido. Além disso, o incentivo ao lazer como uma forma de promoção social é obrigação do Poder Público, conforme dispõe o art. 217, §3º, da Constituição Federal, além de ser direito da criança e do adolescente e obrigação da família, sociedade e do Estado, conforme art. 227, do texto constitucional. Ademais, por se tratar de direito que, dentre outras funções, se presta à manutenção da saúde e segurança dos trabalhadores, também é resguardado pelo art. 7º, XXII, da Constituição Federal, que trata das redução dos riscos inerentes ao trabalho; art. 194, *caput*, que menciona a seguridade social como um conjunto de ações do Poder Público e da sociedade destinada, dentre outros, a assegurar os direitos relativos à saúde; art. 196, que trata da saúde como direito de todos e dever do Estado; art. 197, que considera as ações e serviços de saúde como assuntos de relevância pública; e art. 200, II, que atribui ao sistema único de saúde a execução de ações que promovam a saúde do trabalhador.

No âmbito específico das relações de trabalho, destacam-se os incisos XV e XVII do art. 7º, da Constituição Federal, que garantem o descanso semanal e as férias, além de, no âmbito infraconstitucional, os dispositivos da CLT que buscam garantir o gozo do lazer por meio da institucionalização dos períodos de descanso, como o art. 66, da CLT, que trata do intervalo interjornada mínimo de 11 horas consecutivas; art. 67, que trata do descanso semanal de 24 horas consecutivas; art. 71, que regula o intervalo intrajornada; e art. 130, que aborda o direito às férias anuais; além do art. 223-C, que atribui ao lazer a qualidade de direito extrapatrimonial dos trabalhadores.

Por fim, no âmbito internacional, aponta-se o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegura a todo ser humano o direito ao repouso e lazer; o item III, "i", da Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho de 1944, que proclama a execução de programas que

¹³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2019. pp. 1120-1123.

visem a promoção de um nível adequado de recreação e cultura; o art. 7º, "d", do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ao determinar que os Estados signatários garantam o repouso e o lazer para fins de consecução de condições de trabalho justas; e o art. 7º, "h", do Protocolo de San Salvador, que determina que os Estados parte garantirão em suas legislações o repouso e o gozo de tempo livre nas relações de trabalho.

Portanto, a plenitude do direito fundamental ao lazer depende da proteção constitucional e infraconstitucional ao tempo livre dos trabalhadores. Por esta razão, o direito ao lazer não pode se resumir a uma mera garantia constitucional, devendo ser efetivamente assegurado aos trabalhadores a fim de que, com isso, seja possível lhes assegurar a dignidade da pessoa humana.

4. DIREITO AO LAZER E A DIGNIDADE HUMANA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O lazer, como visto, é um direito fundamental de segunda dimensão geração e, portanto, um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso significa que sempre que forem respeitadas as normas reguladoras do direito ao lazer, por extensão, ter-se-á respeitada a dignidade dos indivíduos.

Em relação ao trabalhador, a dignidade não se consolida apenas por meio do trabalho ou pela possibilidade de exercer uma atividade produtiva, que é sabidamente essencial para a socialização e subsistência do indivíduo e de sua família¹³⁷; mas também pelo gozo do lazer e demais direitos sociais assegurados constitucionalmente. A efetividade do direito ao lazer proporciona que os trabalhadores, além de trabalhar, desfrutem de atividades que lhes deem sentido e permitam seu desenvolvimento subjetivo, além de garantir a possibilidade de convívio familiar, o exercício de atividades culturais, sociais e educacionais, o desempenho de atividades desinteressadas e o gozo do ócio. Trata-se, sem muito esforço, de um direito indispensável à dignidade do trabalhador.

A importância do lazer e do ócio para a condição humana foi se perdendo ao longo do tempo, mais significativamente a partir do desenvolvimento do capitalismo e da Revolução Industrial, quando a excessiva exploração de mão de obra dos trabalhadores os reduziu a mero instrumento de produção, enquanto o trabalho foi elevado à condição de valor. Neste momento, o trabalho passou a ser encarado como

137 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Do direito à desconexão do trabalho. Disponível em https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. pp. 2-3. Acesso em 29.out.2020.

algo singular, distante das demais atividades inerentes à vida humana, enquanto o lazer foi relegado a um tempo de oposição ao trabalho¹³⁸.

Essa concepção minimalista do lazer acaba por transformar o trabalho em núcleo central da vida humana, fenômeno que irradia efeitos e subordina todas as demais atividades do homem. No entanto, a disposição de tempo livre para o ócio criativo era, na antiguidade, fator de elevação psíquica e espiritual. Para os gregos, era condição de uma vida erótica, no sentido de contemplação da sabedoria e da beleza e, acima de tudo, uma forma de se aproximar da imortalidade dos deuses. O ócio, portanto, era voltado para a criação e transcendência, enquanto o trabalho consistia na execução de tarefas necessárias para a subsistência, o que revelava a mortalidade dos seres humanos¹³⁹. Não à toa, o ócio era a atividade prioritária dos nobres e condição inerente ao homem livre. A riqueza maior estava na produção de ideias, na imaterialidade, enquanto os bens materiais gozavam de prestígio secundário e o trabalho, por sua vez, era uma categoria inferior a ser desempenhada pelos servos¹⁴⁰.

A perspectiva moderna do lazer como oposição à atividade produtiva revela um conflito entre os conceitos de "labor" e "trabalho", forjados por Hannah Arendt em crítica à condição humana. O "labor" caracteriza a mais natural das atividades, o ciclo vital da natureza da qual nenhum homem pode fugir. Revela as necessidades primárias da existência humana, o espaço natural da preservação da espécie, exemplificado por atividades indispensáveis para a subsistência de todos e de cada um. Quando se pensa em "labor", não se valoriza o produto final, mas vê-se aqueles que atendem com o corpo as necessidades da vida. Trata-se da escravização do homem pela necessidade, daí porque os antigos o tratavam como atividades servis¹⁴¹. Já o "trabalho" corresponde à humanização da natureza por meio da produção artificial decorrente da cultura de cada povo. Consiste na capacidade do homem de construir um mundo que transcenda aquele que lhe foi naturalmente dado. Ao contrário do "labor", o "trabalho" é o produto final, simbolizado pela obra individual e subjetiva daquele que produziu algo para o mundo comum¹⁴². Aquele que "trabalha" o faz sobre os materiais, enquanto o que "labora" se mistura com eles¹⁴³.

138 OLIVEIRA, Marcella Rosière de. A efetivação do direito fundamental ao lazer: uma análise a partir das políticas públicas no estado democrático de direito. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018. p. 110.

139 CALVET, Otávio Amaral. 2010. pp. 61-62.

140 OLIVEIRA, Marcella Rosière de. 2018. pp. 108-109.

141 ARENDT, Hannah. 2007. pp. 91-94.

142 Ibidem. p. 15.

143 Ibidem. p. 149.

Portanto, a visão do trabalho como uma forma de expressão da própria humanidade¹⁴⁴ em muito se assemelha ao conceito de “labor” e acaba por preterir a noção de que a singularidade da natureza humana, composta pela combinação da racionalidade, sensibilidade e sociabilidade, requer o desempenho de atividades que transcendam sua condição animal, em verdadeira ruptura com o ciclo natural do processo biológico da vida. O mero “labor” faz do homem um escravo das necessidades, cego em relação à imaterialidade e transcendência da vida humana.

Nessa perspectiva, o direito ao lazer atende à necessidade de libertação das atividades cotidianas compulsórias; a necessidade de compensação e isolamento das tensões ínsitas ao trabalho; necessidade de afirmação frente à opressão e inferioridade no ambiente de trabalho, garantindo a autorrealização; necessidade de recreação para restauração física e psíquica; necessidade de dedicação social, já que o homem existe além do trabalho e precisa de tempo para satisfazer outras dimensões de sua vida; e necessidade de desenvolvimento pessoal integral e equilibrado, inerente à própria condição humana¹⁴⁵. O direito ao lazer, portanto, é uma forma de eliminar a visão do homem como mero instrumento de produção e elevá-lo à condição de bem último, valor em si mesmo, acima de qualquer preço.

A importância dos valores tutelados pelo direito ao lazer faz com que este seja indispensável ao mínimo existencial¹⁴⁶, que não envolve apenas os pressupostos fisiológicos mínimos para a sobrevivência, mas englobam também e principalmente valores que ultrapassam as condições materiais da existência, servindo para garantir o mínimo da integração social e de uma vida digna¹⁴⁷. Afirma-se, inclusive, que o direito ao lazer, em função dos bens que tutela, compõe o conteúdo mínimo da própria dignidade da pessoa humana, identificada no valor intrínseco de todos os homens, elemento ontológico que decorre da singularidade da natureza humana e impõe seu tratamento como um fim em si mesmo; na autonomia, que significa o livre exercício da vontade de cada um de acordo com sua própria concepção de vida, sem interferências externas ilícitas; e no valor comunitário, compreendido como o elemento social da dignidade, na medida em que a autonomia pessoal é restringida pelos valores e direitos de outro ser humano igualmente livre e igual aos demais¹⁴⁸. É também por meio das atividades desinteressadas que o ser humano acessa seu

144 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set 2012. p. 38.

145 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1998. p. 304.

146 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015. p. 331.

147 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 95.

148 BARROSO, Luís Roberto. 2012. pp. 76-89

espaço interno e, ao mesmo tempo, o espaço social, desenvolvendo sua capacidade de autodeterminação, autoconhecimento e autorresponsabilidade perante a sociedade, características inerentes à dignidade humana¹⁴⁹.

Portanto, as atividades humanas enquadradas no conceito de lazer são fundamentais para a consagração da dignidade dos trabalhadores, na medida em que possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa, sua inserção na sociedade, participação política e cultural, permite que usufruam de bens de consumo acessíveis, inclusive, pela contraprestação do trabalho, além do acesso a bens e valores diversos ínsitos à natureza humana. A identificação do direito ao lazer como valor fundamental à dignidade humana não é abordada numa perspectiva meramente filosófica, mas decorre de uma análise jurídico-constitucional que identifica sua existência como um valor autônomo, que deve ser confrontado com os demais direitos existentes e cuja preservação é essencial para a dignidade daqueles que trabalham. O grande desafio de repensar o direito está em transgredir a ordem social até então imposta.

5 .CONSIDERAÇÕES FINAIS

A singularidade da natureza humana decorre da combinação da racionalidade, sociabilidade e sensibilidade. A primeira é definida pela capacidade dos seres humanos para tomar decisões informadas e inspiradas pelo livre arbítrio inerente a qualquer um; a segunda decorre da necessidade natural de conviver, visto que a socialização fez a espécie humana predominar no reino da natureza; enquanto a terceira se fundamenta nas anteriores e faz com que o homem perceba o outro como um sujeito de direitos igual a si e, portanto, um valor igualmente precioso. Dessas características ímpares resulta a noção de que a individualidade de cada um é um valor que deve ser alçado à posição de fonte de todos os demais valores, a ponto de se reconhecer que o cerne da convivência entre os indivíduos reside no respeito à dignidade da pessoa humana.

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade humana foi alçada à posição de fundamento do Estado Democrático de Direito e da sociedade, conforme artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Com isso, o constitucionalismo brasileiro assumiu o compromisso de tratá-la como princípio informador, sendo certo que seus efeitos subordinam todos os demais princípios, regras e medidas jurídicas. Nesse ponto, destacam-se os direitos sociais, na medida em que a dignidade humana incide toda vez que são honrados os direitos fundamentais e personalíssimos de cada indivíduo.

149 HÄBERLE, Peter. 2009. p.91

Em relação ao lazer, direito fundamental de segunda dimensão, trata-se de uma forma de os indivíduos se libertarem das obrigações cotidianas e do trabalho por meio de um conjunto de atividades desinteressadas das quais participam de acordo com sua livre vontade. O lazer cumpre o papel de identificar no ser humano um valor intrínseco, reconhecendo sua autonomia e impondo-lhe um tratamento como fim em si mesmo. No âmbito das relações de trabalho, o direito ao lazer é essencial para humanizar as relações sociais e garantir aos trabalhadores o desenvolvimento de outros valores fundamentais à vida humana. É inegável que o trabalho é um fator de inclusão social e, por si só, está intimamente relacionado à dignidade humana. Contudo, a visão do trabalho como única variável dignificante acaba por reduzir a complexidade do espírito humano, ignorando que as pessoas são, pelo conjunto de atributos inerentes à sua condição, seres repletos de aspirações e potencialidades a serem desenvolvidas além do ambiente de trabalho, justamente para que encontrem o significado da própria existência.

Dessa forma, em se tratando de um direito fundamental de segunda dimensão, a proteção e a efetividade do direito ao lazer, por si só, já significam a incidência da dignidade da pessoa humana. Mais que isso, sendo uma forma de expressão da própria condição de ser humano, pode-se concluir que o direito ao lazer compõe o conteúdo mínimo da dignidade humana, em especial nas relações de trabalho, ambiente em que o trabalhador jamais deve ser confundido com um meio de produção, mas tratado sempre como valor final.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. 5ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. O direito do trabalho na filosofia e na teoria social crítica. Os sentidos do trabalho subordinado na cultura e no poder das organizações. Revista TST, Brasília, vol. 78, no 3, jul/set 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. Curso de direito constitucional. 17ª edição, São Paulo: Verbatim, 2013.

ARENDT, Hannah. A condição humana. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

Aristóteles. A política. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf. Acesso em 15.10.2020.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 1ª Edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CALVET, Otávio Amaral. Direito ao lazer. Rio de Janeiro: Labor, 2010

CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos: discurso proferido no Anteneu Real de Paris em 1819. Tradução de Leandro Cardoso Marques da Silva. 1ª Edição. São Paulo: Edipro, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho e o expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone, DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org). São Paulo: LTr, 2015.

_____ Curso de direito do trabalho. 18ª edição. São Paulo: LTr, 2019

DE CICCIO, Cláudio. História do direito e do pensamento jurídico. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. Proteção jurídica da existencialidade. Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas. V. 8, nº 2, 2020.

DUMAZEDIER, Joffre. Lazer e cultura popular. 3ª Edição. São Paulo: Ed. Perspectiva., 1973

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Dimensões da

Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HUME, David. Tratado da natureza humana. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, Portugal. 2002.

JÚNIOR, André Puccinelli. Curso de direito constitucional. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Antônio Ponto de Carvalho. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_kant_metafisica_costumes.pdf. Acesso em 16.10.2020.

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina. Direitos fundamentais do trabalhador – breves considerações. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho. FREDIANI, Yone, DE ALVARENGA, Rúbia Zanotelli (Org.). São Paulo: LTr, 2015.

MASCHIETTO, Leonel. Direito ao descanso nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

REALE, Miguel. Fundamentos do direito. 4ª Ed. São Paulo: Migalhas, 2014.

OLIVEIRA, Marcella Rosiére de. A efetivação do direito fundamental ao lazer: uma análise a partir das políticas públicas no estado democrático de direito. Dissertação (Mestrado em direito). Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, 2018.

Organização das Nações Unidas. Disponível em <https://www.un.org/en/sections/history/history-united-nations/index.html>. Acesso em 19.10.2020.

PICO, Giovanni. Discurso pela dignidade do homem. Tradução bilíngue anotada e comentada de Antonio A. Minghetti. Porto Alegre: Editora Fi, 2015

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2015.

_____As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARIONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6ª Edição. Saraiva. São Paulo, 2017.

SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 4ª Edição. Malheiros. São Paulo, 2007.

DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

REURY BARROS MATIAS:

Graduando do Curso de
Direito do Centro Universitário
CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo busca demonstrar a definição da teoria do Direito Penal do Inimigo, desenvolvida pelo alemão Gunther Jakobs em 1985, com base em filósofos contratualistas da era moderna, embasando as políticas criminais hodiernamente requeridas por uma sociedade temente a criminalidade moderna que assola e desestrutura o meio social, em virtude da globalização. Fazendo-se a análise dos elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo e a relação que guardam com os institutos penais constantes no ordenamento jurídico brasileiro. Verificando a (in) viabilidade dos aspectos formais e materiais da tese no ordenamento jurídico pátrio como forma de combate a criminalidade, sobretudo quando correlacionados com os princípios constitucionais vigentes em decorrência do Estado Democrático de Direito adotado pela Carta Magna brasileira. Utilizou-se do método da pesquisa explicativa, buscando compreender as causas e efeitos da tese abordada, através de pesquisas bibliográficas, bem como da pesquisa qualitativa, analisando as idéias do Direito Penal do Inimigo por meio de revisões bibliográficas. Obtendo como resultado a constatação de alguns aspectos da teoria em leis esparsas no direito brasileiro, embora que considerada inconstitucional quando aplicada na integralidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Inimigo. Ordenamento Jurídico. Princípios.

ABSTRACT: The present article seeks to demonstrate the definition of the Enemy's Criminal Law theory, developed by the German Gunther Jakobs in 1985, based on contractual philosophers of the modern era, supporting the criminal policies nowadays required by a society fearful of the modern criminality that plagues and disrupts the social environment, due to globalization. Making an analysis of the elements that characterize the Criminal Law of the Enemy and the relationship they have with the criminal institutes in the Brazilian legal system. Verifying the (in) viability of the formal and material aspects of the thesis in the national legal system as a way of fighting crime, especially when correlated with the constitutional principles in force as a result of the Democratic Rule of Law adopted by the Brazilian Magna Carta. The explanatory research method was used, seeking to understand the causes and effects of the approached thesis, through bibliographic research, as well as qualitative research, analyzing the ideas of the Criminal Law of the Enemy through bibliographic reviews. Obtaining as a result the verification of some aspects of the theory in sparse laws in Brazilian law, although considered unconstitutional when applied in full.

KEYWORDS: Criminal Law. Enemy. Legal Order. Principles.

INTRODUÇÃO

Após a segunda guerra mundial desencadeou-se no ocidente teorias na seara do direito penal, imbuídas de legitimar os Estados a atuarem frente a situações que colocam a coletividade e a manutenção do próprio Estado em perigo, mormente os atentados terroristas. Teorias estas que permitiriam aos Estados agirem em decorrência do contrato social firmado entre os povos, dentre as teorias, o direito penal do inimigo, desenvolvida pelo doutrinador alemão Gunther Jakobs em 1985, considerada pela doutrina como sendo de terceira velocidade do direito penal, com objetivo de flexibilizar as normas aplicadas aos infratores em prol do bem estar social da coletividade.

Dada as infundáveis discussões na atualidade sobre o direito penal do inimigo no âmbito jurídico, bem como a atuação do judiciário frente a dispositivos que viabilizam a concretude do direito penal perante aos temas problemáticos e complexos que transitam em meio a teoria das velocidades do direito penal, mormente a terceira velocidade, no ordenamento jurídico penal brasileiro, faz-se necessário buscar o entendimento da origem da teoria do direito penal do inimigo quanto a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo quanto a compatibilidade com os princípios constitucionais vigente, pertinentes ao Estado Democrático de Direito.

A constituição da Republica Federativa do Brasil em vigor adotou o principio do devido processo legal, o qual “ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” (artigo 5º, inciso LIV), sendo gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies, abrangendo o sentido material-substancial e o processual por todas as áreas do direito.

Ao Estado compete o processamento e julgamento das condutas humanas desautorizantes da norma, nos limites da lei, mas quando surpreendidos com ações perigosas, como por exemplo, ações terroristas que colocam não apenas a sociedade mais como também a existência do Estado em risco, conquanto seja necessário o Estado adotar políticas criminais mais enérgicas. Outrossim, requer a verificação da (in)viabilidade do direito penal do inimigo no sistema jurídico penal brasileiro, sobretudo quando confrontado ao principio do devido processo legal.

1 TEORIAS DO DIREITO PENAL

1.1 Velocidades do Direito Penal

O Jurista espanhol, professor catedrático da Universidade Pompeu Fabra, Jesús-Maria Sánchez, com o objetivo de formular um direito moderno evitando o expansionismo das regras inerentes às penas privativas de liberdade, desenvolveu a teoria das velocidades no direito penal, que se subdivide em três, cada qual traz uma concepção acerca das sanções e as garantias processuais do direito penal a serem aplicadas aos infratores.

A primeira velocidade é representada pelo direito penal da prisão (direito penal nuclear), esta garante os princípios político-criminais clássicos, conservando as regras de imputação e os princípios processuais. Consiste na percepção tradicional que a finalidade do direito penal é a aplicação da pena privativa de liberdade e para isso, as garantias penais e processuais penais devem ser observadas.

Ademais, a segunda velocidade é voltada para aqueles delitos que não envolvem sanções de natureza privativa de liberdade (direito penal periférico), mas de penas restritivas de direitos e/ou pecuniárias, considerada na seara do direito penal como direito penal mínimo, é o caso de delitos de competência dos Juizados Especiais Criminais, regulado pela lei de Juizados Especiais Criminais. Uma vez que não existe a privação da liberdade, seria possível a flexibilização das garantias processuais penais em razão da menor intensidade da sanção penal.

No mesmo sentido “quando a sanção penal possível de ser aplicada no caso concreto se limitar às restritivas de direito, ou à multa, a ação penal pode ser mais ágil, eis que a disputa entre o acusado e o Estado não envolve tão relevante bem jurídico: a liberdade do ser humano.” (MASSON, 2015).

Por derradeiro, a terceira velocidade busca trazer uma junção, ou seja, a coexistência das duas velocidades anteriores, se valendo da aplicação da sanção de privação de liberdade da primeira velocidade, e relativizando as garantias processuais aplicadas aos infratores, flexibilizações advindas da segunda velocidade.

Do mesmo modo, “defende a punição do criminoso com pena privativa de liberdade dos crimes de maior gravidade, todavia, difere-se da primeira velocidade ao permitir que, para os crimes considerados mais graves, haja a flexibilização ou eliminação das garantias fundamentais” (BYRON, 2017).

E é nesta velocidade que está inserido o direito penal do inimigo, tendo a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais e legais aplicadas aos infratores considerados inimigos pelo Estado.

1.2 Direito Penal do Fato e Direito Penal do Autor

O direito penal do autor tem seu foco no agente que cometeu o delito, ao invés de se preocupar com a ação concreta descrita tipicamente na norma, sendo de maneira oposta ao direito penal do fato, que acaba por penalizar somente o fato individualmente consumado, e não aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Nesse sentido, ensinam Alejandro Alagia, Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista, conforme citados por Kelly Cardoso da Silva:

Além dessas formas tradicionais e puras, porém integrando-as e complementando-as com um conjunto de presunções, encontra-se o novo direito penal do autor que, sob a forma de direito penal do risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta, mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento (SILVA, 2016).

Conforme se depreende das explicações acima, o direito penal do fato apenas punirá o indivíduo que cometer o delito que traga na sua essência um fato típico, causando um resultado real na sociedade, além do mais, é necessário possuir os pressupostos da antijuridicidade e culpabilidade. O direito penal do autor, por outro lado, preocupa-se em antecipar a punição com fulcro na periculosidade do agente, alcançando até mesmo atos preparatórios, independente do real cometimento do delito.

Ressalta-se que, o mencionado adiantamento da pena para atos preparatórios, com fulcro na periculosidade do indivíduo, nos moldes do direito penal do autor, também é uma das principais características do Direito Penal do Inimigo.

Outrossim, o direito penal do autor fulmina o 5º axioma previsto no garantismo penal, qual seja, "*nulla injuria sine actione*", em outras palavras "não há lesão ou perigo a lesão a bens jurídicos se não houve conduta", predominantemente aceito entre os doutrinadores por respeitar os direitos fundamentais.

Ressalta-se que o sistema penal brasileiro com base no Estado de Direito adota na persecução do crime, a teoria do fato, para responsabilizar penalmente alguém pela prática de uma conduta criminosa, impõe-se ao Estado, por meio de provar, de forma indubitosa, a sua concorrência direta ou indiretamente para a prática da conduta que lhe foi imputada. Ademais, para a fixação da pena, regime

de cumprimento da pena, espécie de sanção, entre outros, adotou o direito penal do autor (artigo 59, do Código Penal).

2 O DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Origem Histórica

O denominado direito penal do inimigo, no alemão "*feindstrafrecht*" tem sua origem no ano de 1985, oriunda das ideias do Alemão Gunther Jakobs, com base em grandes filósofos e pensadores dos quais se destacam Jean-Jacques Rousseau, Johann Gottlieb Fichte, Immanuel Kant e Thomas Hobbes, e que foi apresentada pela primeira vez durante as "Jornadas de Professores de Direito Penal de Frankfurt". Nesta primeira demonstração, o penalista citado, buscou explicar o direito penal do inimigo como a antítese do direito penal do cidadão (ESTEFAM, 2015).

Apesar da sustentação da tese do direito penal do inimigo defendida por Jakobs ter sido fundamentada com base nos mais importantes filósofos contratualistas, sofreu por não obter aceitação no âmbito jurídico de imediato, pelo contrário acabou por receber inúmeras críticas pelo fato de possuir um condão voltado para o direito penal máximo.

Frise-se que em 1985 a temática não ganhou muita repercussão. Somente a partir de 1999, é que a teoria do direito penal do inimigo ganhou força e adeptos, refletindo na legislação de vários países os seus principais contornos. Isso ocorreu devido à mudança de pensamento social, que passou a buscar meios de combate para os efeitos gerados desde a queda do consumismo (1989) até os recentes atentados terroristas ocorridos no plano Internacional na presente década (JESUS, 2005, p.01), mormente o de dia 11 de setembro de 2001 (Nova York), sem dúvida, o mais marcante decisivo (BINATO JR., 2012).

Após longos debates e amadurecimento em torno da busca da definição e dos contornos que envolvem a teoria do direito penal do inimigo, a tese paulatinamente ganhou destaque na seara jurídica, principalmente com a presença da aplicabilidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados, ao menos em parte, quando enumeramos os aspectos que caracterizam o direito penal do inimigo frente à criminalidade moderna, mormente os atentados terroristas que ocorreram no ano de 2011 nos Estados Unidos da América.

2.2 Conceito de Inimigo

Para os filósofos contratualistas, Rosseau e Fichte, estes buscam definir por meio da distinção entre cidadão e o inimigo. Enquanto que aquele é tratado como sujeito capaz de direito e teme a coação imposta pela lei, este é visto como violador da norma, como bem dito, do contrato social convencionado entre as pessoas e o Estado, os considerando assim, como malfeitor que perde o status de cidadão de direito. Diferentemente daquele que comete um delito intencional e premeditado, este sim deve ser submetido a uma ritualística processual e condenado, enquanto que o inimigo deve ser submetido a uma execução como instrumento de segurança para os demais da sociedade.

Com base no pensamento de Rousseau, de que aqueles que atacam o direito social deixam de ser membro do Estado e entram em guerra contra ele (VEIGA JR, 2017) ideia que se assemelha ao pensamento de Fichte, que defende que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que o contrato se encontrava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano (VEIGA JR, 2017). Na mesma linha de interpretação Kant assevera que o indivíduo é dado uma escolha ao passo que “eu posso obrigá-lo a entrar em um estado social Legal ou afastar-se do meu lado” (PIM, 2006).

Ademais no sentido de trazer uma definição por meio da distinção, a teoria da submissão de Hobbes que também busca fundamentar que o cidadão deve manter os seus direitos enquanto submisso a norma, por outro lado castigá-lo como inimigo quando não observante da imposição legal, compactuando com a ideia Kant afirma que o indivíduo esta obrigado a suportar a transição que estar vinculada ao contrato social, a passagem do estado de natureza para um estado jurídico político, por exemplo, estar vinculado a uma constituição cidadã, para aqueles que se recusam a participar de uma comunidade submissiva a norma, este sim deve ser tratados como inimigos, e legitima uma resposta por parte do Estado por medidas que protejam a coletividade.

Nessa perspectiva Hobbes, entende que aquele que quebra seus vínculos com a sociedade civil e passa a viver em estado de natureza, isto é, com a liberdade de usufruir de seu poder da forma que quiser para preservar sua vida passa a ser considerado inimigo desta sociedade (CARVALHO JR., 2012).

Os contratualistas até então citados, nos levam a refletir que há dois institutos jurídicos antagônicos contidos no direito penal, o do cidadão que abrangerá delitos cometidos por cidadãos preservando seu status de cidadão de direitos sem que haja a destruição da comunidade ordenada pelo ordenamento jurídico, mas sim uma mera infração sendo possível sua reparação, enquanto que o direito penal do

inimigo, que tratará um delinquente contumaz, insubordinado a lei com certo grau de periculosidade, tais como:

[...] criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas (Jakobs, ob. cit., p. 39). Em poucas palavras, *é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma*. O autor cita o fatídico 11 de setembro de 2001 como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo (GOMES, 2004).

Estes são considerados inimigos que conspiram a delinquir como inimigo do Estado que merece ser executado como traidor ainda no estágio prévio (atos preparatórios), com medidas de segurança que tragam uma proteção para o coletivo, pois aquele tende a destruição das instituições e das normas, de tal modo que não haja a confusão entre um cidadão que goza das garantias do direito e processo penal e o inimigo que deve ser tratado com artifícios de guerra. De modo suscito podemos reunir o conceito ao menos filosófico trazido nos escritos de Jakobs:

Fundamentos (filosóficos) do Direito penal do inimigo: (a) o inimigo, ao infringir o contrato social, deixa de ser membro do Estado, está em guerra contra ele; logo, deve morrer como tal (Rousseau); (b) quem abandona o contrato do cidadão perde todos os seus direitos (Fichte); (c) em casos de alta traição contra o Estado, o criminoso não deve ser castigado como súdito, senão como inimigo (Hobbes); (d) quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, quem não aceita o "estado comunitário-legal", deve ser tratado como inimigo (Kant) (GOMES, 2004).

Por fim, é nessa concepção de que o direito penal aplicado ao cidadão, ver a coação penal como representação da reação social ao fato criminoso, de modo tal que a sanção, para o cidadão, seria um simbolismo necessário para a manutenção do *status quo*, servindo de caráter retributivo e preventivo de novos intentos criminosos. No que tange o Direito Penal do Inimigo, a função de eliminar o perigo, neutralizando o delinquente desertor, partindo da premissa que aquele que viola as normas do contrato social repetidamente deixa de possuir o status de cidadão, devendo ser transformado em inimigo e, assim, alvo de uma segregação em favorecimento do bem jurídico protegido.

Ressalta-se que Jakobs não se filia a tese de que o Direito Penal do Inimigo deve ser uma regra a ser adotada no ordenamento jurídico. Pelo contrário, para o autor seria um verdadeiro direito penal de exceção, ou seja, um conjunto de leis de combate, e não a todo e qualquer crime, mas principalmente no que se refere ao terrorismo, o crime organizado, crimes econômicos, crimes sexuais e tráfico de entorpecentes.

2.3 Características Do Direito Penal Do Inimigo

Na visão de Jakobs existem ao menos três características envolvidas na teoria penal do inimigo:

1ª - seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo;

2ª - a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios;

3ª - a sanção penal, baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra fatos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança.

De modo mais detalhada o Luiz Flávio Gomes apresenta as características básicas do sistema jurídico penal proposto por Jakobs:

a) o inimigo não pode ser punido com pena, e sim com medida de segurança;

b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante a sua periculosidade;

c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro);

d) não é um direito retrospectivo, sim, prospectivo;

e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim um objeto de coação;

f) o cidadão mesmo depois de delinquir, continua com status de pessoa, já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade);

- g) o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, já o direito penal do inimigo combate preponderantemente o perigo;
- h) o direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios;
- i) mesmo que a pena seja intensa (desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal;
- j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (quem vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade" (GOMES, 2004).

Em contraposição ao garantismo penal o direito penal do inimigo vislumbra-se como verdadeiro exemplo de direito penal do autor, uma vez que há uma preocupação em torno do aspecto de ser do delinquente, indo de frente ao sistema adotado no Brasil, qual seja o direito penal do fato. Em crítica ao modelo de Jakobs o jurista argentino Zaffaroni afirma que "admitir um tratamento penal diferenciado para os inimigos não identificáveis fisicamente reconhecíveis significa exercer um controle social mais autoritário sobre a população, como único modo de identificá-los e, ademais, impor a toda a população uma série de limitações à sua liberdade e também risco de uma identificação errônea e, conseqüentemente, condenações e penas a inocentes" (ZAFFARONI, 2007).

3 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a lei fundamental e suprema do Brasil, servindo de parâmetro de validade a todas as demais espécies normativas, situando-se no topo do ordenamento jurídico, de acordo com a teoria da hierarquia das normas, simbolizada pela pirâmide de Hans Kelsen. Considerada a "Constituição Cidadã", por ter sido concebida no processo de redemocratização, iniciado com o encerramento da ditadura militar no Brasil (1964–1985).

A constituição definiu o perfil político jurídico do Brasil, logo no seu primeiro artigo como sendo "Estado Democrático de Direito", importante destacar este perfil, uma vez que dele decorrem todos os princípios fundamentais do Estado brasileiro. Verifica-se que o Estado Democrático de direito busca não somente a igualdade formal entre os homens, mais também imposições de metas e deveres

quanto à “construção de uma sociedade livre, justa e solidaria; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art.3º, I a IV); dentre outros pelo respeito à dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

Como princípio constitucional, a dignidade humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito a criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afliitiva, a exemplo dos açoites. Da mesma forma, estaria proibida a instituição da tortura, como meio de se obter a confissão de um indiciado/acusado (por maior que fosse a gravidade, em tese, da infração penal praticada) (GRECO, 2009).

Pelo que fora exposto, o princípio da dignidade humana, importada da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é balizador de todos os outros princípios, é tanto que qualquer construção típica na seara penal, cujo conteúdo contrariar e afrontar a este princípio será materialmente inconstitucional, posto que atentatório ao próprio fundamento de existência do Estado Democrático de Direito.

Verifica-se que é incongruente a aplicação do direito penal do inimigo frente à dignidade humana do indivíduo denominado inimigo, pois esta última torna-se plenamente violada e vulnerada. Suprimir por total o status de pessoa do delinquente inimigo, tornando-o mero objeto de coação, sem nenhuma dignidade, não é condizente com nossa Constituição Federal que se pauta na dignidade da pessoa humana, razão pela qual, não lhe assiste guarida. Não sendo legítimo ferir de morte todo o sistema jurídico visando combater os terroristas, participantes do crime organizado, entre outros infratores de alta periculosidade, como se pretende no direito penal do inimigo.

Por conseguinte, será apresentado o princípio do devido processo legal que é violado pela aplicação da tese do Direito Penal do Inimigo, tendo como parâmetro nossa Constituição Federal de 1988, que declara ser inviolável este e outros princípios e garantias que se encontram espalhados implícita e explicitamente no seu texto. O direito ao devido processo legal, que se correlaciona

com o contraditório e a ampla defesa encontram-se disposto no art.5º, inciso, LIV e LV da Constituição Federal de 1988, nos quais estipulam que:

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:

LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

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, 1988).

No mesmo sentido, encontramos o mesmo princípio materializado na Convenção Americana dos Direitos Humanos, o devido processo legal, tem seu respaldo no artigo 8º, que diz:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro do prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CHOUKR, 2001).

O devido processo legal é uma garantia constitucional fundamental, sendo intrínseca na aplicação do contraditório e da ampla defesa. Sem o devido processo legal, não pode ser estabelecidas estas últimas garantias, e nem qualquer outra, uma vez que esses princípios garantem a proteção dos direitos fundamentais em demanda, sejam eles difusos ou coletivos.

Consoante Moraes, o devido processo legal:

[...] configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade e propriedade quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção de provas, de ser processado

e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal) [...] (MORAES, 2000).

Portanto os princípios constitucionais, mormente o devido processo legal, são essenciais para que se assegure a eficácia dos demais direitos garantidos pela constituição, fazendo-se necessário a sua aplicação de forma perene. Não podendo se debruçar de modo integral na proposta de Jakobs, já que esta visa a flexibilização dos direitos e garantias, contudo uma norma que tende a guardar na integralidade os elementos da teoria do direito penal do inimigo padece de inconstitucionalidade.

4 OS REFLEXOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Embora que o Direito Penal do Inimigo seja rejeitado pela jurisprudência brasileira, se aplicado na sua integralidade e a República Federativa do Brasil esteja comprometida em assegurar os direitos sociais e individuais, dentre eles o da liberdade, segurança, bem estar, igualdade e justiça como valores supremos fundados na harmonia social. É possível encontrar alguns reflexos do direito penal do inimigo presentes no nosso ordenamento, ou seja, a sua integralidade é expurgada do nosso sistema, mas alguns mecanismos estão presentes em algumas leis brasileiras.

Ocorre que a insegurança e o medo existentes atualmente abrem espaço para interpretações expansionistas do direito penal, numa sociedade sem poderes para lidar com a criminalidade. Assim a sanção penal se torna a maior arma para controlar a situação, dando espaço para que algum dos elementos do direito penal do inimigo seja utilizado como forma de recrudescimento das penas nos crimes mais graves e hediondos, bem como para combater mais eficazmente indivíduos de alta periculosidade que comandam organizações criminosas. Assim, existem alguns reflexos dessa teoria no nosso ordenamento jurídico.

Tomemos como exemplo a Lei nº. 10.792/2003 que modificou a Lei de Execuções Penais e instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, trazendo consigo elementos do direito penal do inimigo em seu §1º do artigo 52 da aludida lei, vejamos: "Art. 52 (...) §1º: O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade."

Outrossim, a Lei de Crimes Hediondos (nº 8.072/1990), que aumentou consideravelmente a pena de vários crimes, estabelecendo também um cumprimento da pena em regime inicialmente fechado (que foi julgado inconstitucional pelo STF em razão do princípio da individualização da pena). Essa

lei estabeleceu ainda um lapso temporal mais severo para a progressão de regime (2/5 para réus primários e 3/5 para reincidentes).

Ademais, ainda é possível encontrar elementos do direito penal do inimigo na Lei do Abate, regulamentada pelo decreto nº 5.144, que tem o objetivo de salvaguardar a segurança no espaço aéreo brasileiro, por meio da destruição da aeronave interceptada sem autorização de vôo, utilizando-se em ultimo ato, depois de tentado outros meios, disparo de tiros feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil.

Além do mais, a doutrina demonstra outros reflexos peculiares dessa tese pulverizada em nosso ordenamento jurídico, são eles: a) crime de quadrilha ou bando, visto que se pune atos meramente preparatórios para outros crimes, não se verificando a incidência do princípio da materialização e exteriorização do fato; b) contravenção de vadiagem (art. 59 da lei de Contravenção Penal), em razão de punir o modo de vida, em um verdadeiro direito penal do autor; c) crimes de perigo abstrato, já que vai de encontro ao princípio da lesividade.

Portanto, embora que inconstitucional, quando usado na íntegra a teoria do direito penal do inimigo, é possível verificar a incidência da Teoria da Expansão do Direito Penal, especificadamente, da terceira velocidade em que se utiliza da aplicação das penas privativas de liberdade, conquanto permitam a flexibilização de garantias materiais e processuais na aplicação das leis supracitadas.

CONCLUSÃO

A tese de Gunter Jakobs, o direito penal do inimigo, tem ao menos uma justificativa que autoriza medidas mais enérgicas frente a inimigos que tendem de forma permanente e perigosa violar a ordem social, viabilizando tratamento desigual para pessoas, embora que estas pessoas possuam vínculo jurídico político com o Estado, considerando-as como sem personalidade, as submetendo somente à coação, ignorando inclusive os direitos inerentes a pessoa humana.

Em um dado momento somos levados acreditar que os aspectos trazidos pelo direito penal do inimigo, dentre eles a flexibilização das normas para que o infrator seja alcançado em sua periculosidade é razoável e aceitável, desde que proporcional, o afastamento das garantias constitucionais previsto na hipótese de cometimento de crimes graves, com a cominação de sanções mais severas, para que assim fiquem assegurado o direito da coletividade e a manutenção do Estado.

Embora que prudente uma medida que resguarde a sociedade de malfeitores, pertinente seria a indagação de que o delinquente não estaria obrigado a reparar o

dano causado, como também possui o direito de se ressocializar para que seja reintegrado na sociedade, resguardando seu status de pessoa, direito este inerente ao ser humano, ao invés de ser expurgado do âmbito social de modo arbitrário e contrário aos fundamentos do Estado Democrático de Direito?

Nesse sentido a legislação tem evoluído com a criação de normas que servem como paliativo para conter o medo que assola hoje a sociedade, afastando-se em parte do direito penal liberal, democrático e garantista.

Portanto a teoria do Direito Penal do Inimigo encontra-se permeada em leis esparsas no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos alguns dos aspectos caracterizadores da tese em casos excepcionais. Todavia mostra-se inadmissível a aplicabilidade na integralidade em nosso ordenamento pátrio, uma vez que os elementos constantes na teoria mostram-se condizentes com o Direito Penal Maximo, principalmente com o Direito Penal do Autor, estes sendo rechaçados por violar princípios basilares da constituição brasileira, tais como, o devido processo legal, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BINATO JUNIOR, Otavio; Ribeiro, Gabriela Sanchez; NETO, Honorato Gomes de Gouveia. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Revista **Científica do ITPAC**, Araguaína, v.5, n.1, Pub. 06, janeiro 2012. Disponível em: <www.itpac.br/arquivos/Revista/51/6.pdf>. Acessado em 13 de outubro de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRITO, Thammy Islamy Carlos. O Direito Penal do Inimigo de Gunther Jakobs. **Jus.com**, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44783/o-direito-penal-do-inimigo-de-gunther-jakobs>>. Acesso em 13 de outubro de 2020.

BYRON, Paulo. Velocidades do Direito Penal e o Direito Penal do Inimigo. **Jurídico Certo**, 2017. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/paulobyron/artigos/velocidades-do-direito-penal-1a-velocidade-2a-velocidade-3a-velocidade-e-o-direito-penal-do-inimigo-4052>>. Acessado em 13 de outubro de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal**, volume, parte geral; art.1º a 120/ Fernando capez. – 21 ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO JÚNIOR, Almério Vieira de. O Direito Penal do Inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** nº97, 2012. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Convenção Americana dos Direitos Humanos e o Direito Interno Brasileiro**: bases para sua compreensão. São Paulo: EDIPRO, 2001.

GOMES, Luiz Flávio - São Paulo: *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ. 2da. Edición* -Notícias Forenses- **Direito Penal do Inimigo**, 2004 - derecho.usmp.edu.pe. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=ptBR&as_sdt=0%2C5&q=direito+penal+do+inimigo&btnG=&oq=dire>. Acessado em 24 abril de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal do inimigo** (ou inimigo do direito penal). Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20040927113955798> Acessado em 14 de setembro de 2020.

GUNTHER JAKOBS, Manuel Cancio Meliá. **Direito Penal No Inimigo**: noções e críticas; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. Disponível em: <<https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&assdt=0%2C5&q=direito+penal+do+inimigo&btnG=&oq=dire>>. Acessado em 17 março de 2020.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

ITO, Marina. Consultor Jurídico. Entrevista. **Função do direito penal é limitar o poder punitivo do Estado**. 5 de julho de 2009. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino>> . Acessado em 15 de abril de 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, Volume I: parte geral. 35 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral. Vol.1. 8ª Ed. Versão atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

PIM, Joám Evans. **Para a paz perpétua**/ Immanuel Kant. Estudo Introdutório. (Ensaio sobre a Paz e Conflitos; Vol. V). Tradução Barbara Kristensen – Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Sem edição. Jundiaí: Editora Paco Editorial, 2016.

VEIGA JUNIOR, Edvaldo dos Santos. O direito penal do inimigo: suas influências no direito no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo. **Revista Âmbito Jurídico** número 163 – ano XX - agosto/2017. Disponível em: <<https://ambito-juridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo>>. Acesso em: 14 de outubro de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: Parte Geral, v. I. 7. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2007.

A REAL POSSIBILIDADE DA “DESBIOLOGIZAÇÃO” DA PATERNIDADE

TULIO BARROS NASCIMENTO:

Graduado pela Universidade Federal de Juiz de Fora e Pós-Graduado pela PUC Minas. Oficial Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

RESUMO: O presente trabalho busca esmiuçar o instituto da filiação, trazendo seu conceito tradicional, suas concepções mais atuais, tendo em vista as grandes transformações sociais ocorridas, e suas espécies, dando maior ênfase à filiação socioafetiva. A filiação socioafetiva é instituto cada vez mais presente na sociedade contemporânea, razão pela qual deve-se atentar para seus pressupostos de existência e as consequências jurídicas do seu reconhecimento. Com o auxílio da doutrina e de decisões judiciais concluir-se-á pela real possibilidade da “desbiologização” da paternidade, ou seja, ser pai não é apenas gerar o filho (esse seria apenas genitor), mas sim criar, dar afeto, amor, educação e cuidado.

PALAVRAS-CHAVE: filiação; paternidade socioafetiva; afeto; principiologia do direito de família.

ABSTRACT: The present study seeks to examine the affiliation institute, bringing its traditional concept, its most current conceptions, in view of the great social transformations that occurred, and their species, giving greater emphasis to socio-affective affiliation. Socio-affective affiliation is an institute increasingly present in contemporary society, which is why one must pay attention to its presuppositions of existence and the legal consequences of its recognition. With the help of doctrine and judicial decisions, it will be concluded that there is a possibility to “de-biologize” paternity, that is, being a father is not only generating the child (that would be just a parent), but creating, giving affection, love, education and care.

KEYWORDS: filiation; socio-affective filiation; affective; principles of Family law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Filiação: 2.1. Conceito de filiação; 2.2. Espécies de filiação. 3. Filiação socioafetiva: laços afetivos entre pai e filho: 3.1. Pressupostos da paternidade socioafetiva; 3.2. Irrevogabilidade da paternidade socioafetiva; 3.3. Consequências jurídicas da socioafetividade. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, deve-se voltar no tempo e observar o instituto da família antes da Constituição de 1988. A família era marcada pelo patriarcalismo, hierarquização e

patrimonialismo. Aquela constituída pelo matrimônio era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, sendo por isso chamada de legítima.

Em decorrência disso, a filiação também era tratada de forma discriminatória, ou seja, os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos, sendo os primeiros originados dos pais unidos pelo casamento, portanto, mercedores de tutela do Estado. Já os ilegítimos eram aqueles nascidos fora do casamento, de relações extramatrimoniais, não tendo direitos garantidos pelo Código Civil e nem sequer podendo ter sua paternidade reconhecida.

É certo que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que consagrou no parágrafo 6º, do artigo 227 o princípio da igualdade entre os filhos, qualquer tipo de discriminação em razão da origem passou a ser proibida, não restando mais distinção entre os tipos de filiação.

O ordenamento jurídico pátrio não traz regulamentação expressa acerca da afetividade, mesmo ela estando presente na realidade das famílias brasileiras e gerando efeitos de cunho pessoal e patrimonial. O princípio da afetividade não impõe o dever de dar afeto, apenas reconhece vínculos familiares decorrentes de situações fáticas. Como as relações familiares devem se basear no amor, no carinho e na compreensão, esse princípio ganhou destaque nos dias atuais, sobretudo ao nortear as relações entre pais e filhos de criação (filiação socioafetiva).

Embora não haja previsão expressa da existência da família socioafetiva e da filiação socioafetiva – aquela fundada na posse de estado de filho –, o Código Civil prevê que o parentesco será natural ou civil, decorrendo de consanguinidade ou outra origem. Portanto, a socioafetividade pode muito bem ser abarcada pela expressão “outra origem”.

Em que pese o julgamento do STF no Recurso Extraordinário 898.060/SC, admitindo que a filiação seja reconhecida por vínculos biológicos e socioafetivos simultaneamente, o tema ainda é polêmico na doutrina e na jurisprudência. Isso porque os efeitos jurídicos gerados por esse instituto não foram totalmente delimitados e, além disso, são irrevogáveis e não se limitam só ao âmbito do direito familiar, mas se estendem por todo o ordenamento jurídico civilista.

Diante de todos os tipos de família existentes na sociedade – nem todos previstos expressamente no ordenamento jurídico –, espera-se que, independentemente de sua conformação, a família seja eudemonista. Em outras palavras, espera-se que seu objetivo seja a felicidade e a realização pessoal de seus membros, em consonância com sua função social que é proteger e promover a dignidade daqueles.

2. FILIAÇÃO

2.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Em breves palavras, filiação pode ser entendida como o vínculo existente entre pais e filhos do qual se originam efeitos e consequências jurídicas por compreender diversos direitos e deveres recíprocos. Esse vínculo se dará de diversas formas, como será exposto mais adiante.

O conceito de filiação se aperfeiçoou com o passar do tempo, tendo em vista que antes era entendido somente como o vínculo entre os filhos e os progenitores. Atualmente, a filiação passou a ser reconhecida pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial, prevalecendo, inclusive, sobre a verdade biológica.

O instituto da adoção; as novas relações jurídicas que o avanço da tecnologia puderam criar; e, principalmente, o reconhecimento do instituto da afetividade como elemento inerente para a constituição da entidade familiar, são fatores que contribuíram para essas mudanças.

Nas palavras de Flávio Tartuce, “a filiação é a relação existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6º, da CF/1988, e art. 1.596 do CC).” (TARTUCE, 2015, p. 1.262).

Antes da promulgação da Constituição de 1988, a filiação era regulada exclusivamente pelo Código Civil – na época vigorava o código de 1916 –, o qual apresentava as seguintes distinções: a) filhos legítimos: os concebidos na constância do casamento (art. 338 do Código Civil de 1916) e; b) filhos ilegítimos: os concebidos em relação extramatrimonial. Esses últimos desdobravam-se em duas subespécies: b.1) filhos naturais: nascidos de pessoas sem impedimento para casar (pessoas solteiras, sem vínculo de parentesco) e b.2) filhos espúrios, nascidos de pessoas com impedimento para casar.

Ainda assim, era possível diferenciar os filhos espúrios, dividindo-os em adulterinos, que eram concebidos de uma pessoa casada com outra que não fosse seu cônjuge, e em incestuosos, quando eram concebidos de relação entre pessoas impedidas de casar entre si em decorrência de parentesco.

Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção de que o pai seria aquele que o matrimônio indicasse como tal. Em outras palavras, os filhos nascidos na constância do casamento teriam por pai o marido de sua mãe.

Já os filhos naturais, poderiam ser legitimados pelo casamento posterior dos pais e ter sua paternidade reconhecida espontânea ou juridicamente. Destarte, a legitimação era um dos efeitos do casamento e, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014), o casamento tinha a prerrogativa de conferir aos filhos havidos anteriormente igualdade com os filhos legítimos, isto é, os mesmos direitos e qualificações, como se houvessem sido concebidos após as núpcias.

Com a entrada em vigor da Carta Magna de 88, houve a consagração do princípio da igualdade jurídica para todos os filhos, isto é, os filhos, independentemente de como foram concebidos, devem ser tratados de forma isonômica. Esse entendimento é consubstanciado pelo parágrafo 6º do art. 227, da Constituição Federal de 1988: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (BRASIL, 2014, p. 132). Com a mesma dicção estão os arts. 1.596 do Código Civil de 2002 e 20 do ECA (Lei 8.060/90).

A família fundamentada exclusivamente pelo vínculo matrimonial deixou de existir, sendo priorizada qualquer organização familiar baseada no afeto e que buscasse a realização plena de todos os membros que a integram. Surge, assim, o conceito de família eudemonista.

Assim como o instituto da família, a filiação também evoluiu, passando a ser identificada pela presença do vínculo afetivo entre pai e filho. Dessa forma, hoje não há mais distinção entre os filhos advindos da relação matrimonial e os gerados por relações extramatrimoniais, passando a considerar todos apenas como filhos.

2.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

Nos dias atuais, a doutrina majoritária divide a filiação em três espécies, quais sejam: a) filiação jurídica; b) filiação biológica; e c) filiação socioafetiva.

A primeira fase da paternidade no Brasil foi a filiação legal ou jurídica. Nesta fase, preponderava a presunção quase absoluta do Código Civil de 1916 de que pai seria o marido da genitora. O legislador, por meio dos arts. 338, 339 e 342, CC/16, ditava a paternidade confundindo-a com a figura do marido.

Acontece que sempre que uma mulher casada tinha um filho, esse filho tinha a paternidade imputada ao marido, pois presumia-se que ela era fiel e que o filho que ela teve era do seu marido. Essa presunção, fundamentada no princípio *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o marido ou o companheiro é o pai dos filhos concebidos por sua mulher ou companheira) buscava preservar a segurança e a paz familiar.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, a presunção é consagrada pelo artigo 1.597 do Código Civil/2002, o qual estabelece cinco situações em que se presume que os filhos são concebidos na constância do casamento, que são: inciso I – os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; inciso II – os filhos nascidos dentro dos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; inciso III – os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; inciso IV – os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; inciso V – os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Os incisos I e II trazem presunções relativas (*iuris tantum*) da paternidade, admitindo prova em contrário.

Ressalta-se que o inciso II deve ser complementado pelo art. 1.598, do mesmo diploma legal, que assim diz:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1.597. (BRASIL, 2014, p. 350).

Os incisos III, IV e V dizem respeito às técnicas de reprodução assistida. Os dois primeiros são espécies de reprodução homóloga, envolvendo material genético dos próprios cônjuges. Já o inciso IV tem-se a fertilização *in vitro*, que implantam no útero da mãe os embriões excedentários (embriões fecundados fora do corpo e armazenado).

Por fim, o inciso V trata da técnica de reprodução assistida heteróloga, efetivada com material genético de terceiro, ou seja, o sêmen utilizado para fecundar a mulher não é do marido, e sim de outro homem, que geralmente é um doador anônimo. Nesses casos, a lei exige a prévia autorização do marido.

Ademais, a simples leitura de alguns artigos do Código Civil de 2002 são de suma importância para finalizar a compreensão da referida modalidade de filiação. O art. 1.599 diz que: “A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.” (BRASIL, 2014, p. 350). Por fim, o art. 1.600 assim dispõe: “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.” (BRASIL, 2014, p. 350).

A filiação biológica é aquela que decorre do ato de procriação, ou seja, do *jus sanguinis* existente entre pais e filhos. Assim, o critério que estabelece o vínculo parental, nessa modalidade, é a consanguinidade. A filiação biológica ainda pode ser dividida em natural – aquela que resulta de relações sexuais entre os pais – e não natural, em que o filho é concebido em razão do emprego de técnicas de fertilização assistida homóloga.

Vale esclarecer que a reprodução assistida pode ser heteróloga, em que há a doação por terceiro de material biológico ou há a doação de embrião por casal, bem como homóloga, e aqui essa última é que interessa ao presente trabalho. Na reprodução assistida homóloga não há a doação por terceiro de sêmen e/ou óvulo. Destarte, essa técnica de fecundação artificial está intrinsecamente relacionada com o vínculo consanguíneo entre pais e filhos.

Na filiação biológica os pais podem ser casados ou não, isto é, tanto podem estar em matrimônio quanto em união estável, ou até mesmo em relações paralelas, como um namoro e uma relação extramatrimonial.

O critério biológico da filiação ganhou grande importância com a descoberta do exame de DNA. Esse exame veio trazer quase certeza à relação de paternidade entre duas pessoas e, concomitantemente, excluir com certeza a paternidade de um indivíduo com relação a outro. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa:

A técnica permite o exame com muito pouco material genético, sendo suficiente um pouco de saliva, sangue ou um fio de cabelo. Os cientistas são, porém, cautelosos, afirmando que não é possível a conclusão absoluta da paternidade, embora se atinja a porcentagem de mais de 99% de certeza. (VENOSA, 2011, p. 237).

Esse exame de DNA revolucionou a percepção da paternidade, passando a ser usado como perícia nas ações de investigação de paternidade e fazendo, inclusive, com que fosse promulgada a súmula 301 pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.” (BRASIL, 2014, p. 2090). Ainda nesse sentido, a Lei 12.004 de 2009 veio corroborar o entendimento já sumulado, fazendo com que a presunção de paternidade gerada pela recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA passe a ter fundamento legal.

Tal meio de prova fez com que as antigas presunções de paternidade ficassem desatualizadas, prevalecendo nos casos de dúvidas concretas e práticas quanto à filiação.

Portanto, com o avanço da biotecnologia, não mais o legislador, mas sim a ciência diria quem é o pai, que passou a se identificar com o gerador biológico. Entretanto, hoje há uma clara necessidade da “desbiologização” da paternidade. Ser pai não é apenas gerar o filho (esse seria apenas genitor), mas sim criar, dar afeto, amor, educação e cuidado.

O exame de DNA e a paternidade biológica continuam tendo importância, mas é necessário reconhecer que situações há em que a paternidade socioafetiva supera a verdade biológica. A jurisprudência brasileira já é sensível à ideia de que a verdade afetiva, em certos casos, pode superar a verdade biológica.

Nesse contexto, a filiação socioafetiva – que será melhor esmiuçada em capítulo futuro – é aquela calcada no reconhecimento do princípio da afetividade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, a família afetiva, ao ser reconhecida como entidade familiar, deixou de lado a estrita ligação entre o critério biológico e a paternidade.

O afeto passou a ser o vínculo mais intenso entre pais e filhos, fazendo com que o amor, o carinho, o respeito e a felicidade mútua formassem os pilares dessa nova concepção de família.

Diante do exposto, conclui-se que todas as espécies de filiação são protegidas constitucionalmente, não importando se o vínculo é biológico, jurídico ou afetivo. Todas as modalidades são detentoras dos mesmos direitos e qualificações, pois não importa mais para o direito qual a relação entre os pais, e sim proteger os filhos.

3. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA: LAÇOS AFETIVOS ENTRE PAI E FILHO

A filiação socioafetiva é tema de fundamental importância no presente trabalho, haja vista que ela é pressuposto para a ocorrência da multiparentalidade. Sendo assim, aqui serão abordados os pressupostos para a sua ocorrência e as consequências jurídicas que derivam do seu reconhecimento, inclusive a impossibilidade de sua revogação.

3.1. PRESSUPOSTOS DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Como visto anteriormente, a filiação socioafetiva é moldada pelo vínculo do afeto. Para caracterizar referida espécie de paternidade, a doutrina tem exigido a posse de estado de filho. Essa posse de estado é concebida quando alguém assume o papel de filho em face daquele ou daqueles que assumem o papel de pai ou mãe ou os papéis de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos. Dito de outra forma, a posse de estado ocorre quando as aparências fazem com que todos acreditem

existir uma situação real, que não corresponde a verdadeira. Logo, há a exteriorização da afetividade atrelada à convivência familiar, devendo ser contínua.

Assim, para que o estado de filho esteja configurado, exige-se: a) nome (*nomen*) – o pai deu o nome ao filho; b) tratamento (*tractus*) – o pai e o filho têm tratamento de pais e filhos, sendo que o amor, o carinho, o respeito e a atenção sejam recíprocos; fama ou reputação (*raputatio*) – os outros veem os dois como pais e filhos.

A jurisprudência nacional confirma tal entendimento acerca dos pressupostos da paternidade socioafetiva:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. POSSE DE ESTADO DE FILHO CONFIGURADA. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA RECONHECER A PATERNIDADE CONSUBSTANCIADA NA SOCIOAFETIVIDADE.

1) Acertada a decisão interlocutória do magistrado singular, que, sendo o destinatário da prova, amparado no que estabelecem os artigos 130 e 131 do CPC, entendeu desnecessário colher novos depoimentos a respeito de fato já esclarecido nos autos.

2) Inexistente violação ao princípio da identidade física do juiz, seja porque não se reveste de caráter absoluto, seja porque no caso o magistrado sentenciante sequer desceu ao exame da prova produzida, dado que julgou pela impossibilidade jurídica do pedido.

3) Possibilidade jurídica do pedido de declaração de paternidade socioafetiva. Fundamentação consubstanciada em doutrina e precedentes jurisprudenciais.

4) Os autores comprovaram a posse do estado de filho em relação ao falecido mediante prova documental vasta e também testemunhal que dão conta da presença de seus elementos caracterizadores, quais sejam, nome, trato e fama.

AGRAVO RETIDO DESPROVIDO E PRELIMINARES REJEITADAS, À UNANIMIDADE. APELO PROVIDO, POR MAIORIA.

(RIO GRANDE DO SUL, TJ, Apelação Civil 70049187438, Apelante: H.H.M.G., Apelado: P.G., Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, J. 06 set. 2012).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. POSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO.

1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica.

2. A norma princípio estabelecida no art. 27, in fine, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão.

3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a priori, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico.

4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão.

5. Recurso não provido.

(BRASIL, STJ, REsp 1189663/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, J. em 06/09/2011, DJe 15/09/2011)

No viés desse entendimento, Luiz Edson Fachin ensina que: “Apresentando-se no universo dos fatos, à posse de estado de filho liga-se a finalidade de trazer para o mundo jurídico uma verdade social. Aproxima-se, assim, a regra jurídica da realidade.” (FACHIN, 1996, p. 70).

Na mesma esteira, Fábio Ulhoa Coelho leciona que a convivência duradoura de um adulto e uma criança pode ser vista também como um pressuposto para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, conforme se expõe:

A filiação socioafetiva provém da relação de afeto paternal ou maternal nascida na convivência duradoura de um adulto e uma criança. Não existe nessa categoria vínculo biológico entre o pai ou a mãe e seu filho. O amor, só ele, gerou os direitos e obrigações. (COELHO, 2011, p. 164).

Portanto, preenchidos os requisitos da posse do estado de filho (não há necessidade da presença dos três elementos, devendo cada caso ser analisado concretamente), tem-se a filiação socioafetiva, que é modalidade de parentesco civil.

3.2 IRREVOGABILIDADE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

O vínculo entre os indivíduos no estado de filiação é tão forte que, regra geral, nem mesmo a verdade biológica prevalece sobre a socioafetividade. Destarte, é totalmente plausível dizer que a relação entre pais e filhos contribui consideravelmente para a construção da personalidade e identidade desses últimos.

Assim sendo, eventual revogação da paternidade socioafetiva, conseqüentemente da posse do estado de filho, acarretaria diversos prejuízos não apenas de cunho patrimonial, como também de cunho moral e psicológico; afinal, a desconstituição familiar influiria na obrigação alimentar e no direito sucessório, bem como na vida afetiva e psicológica do filho, que se desvincularia dos seus pais e parentes colaterais.

É evidente que a revogação da paternidade socioafetiva está em rota de colisão com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e com o princípio da afetividade. Nesse contexto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência estão admitindo a impossibilidade da revogação da paternidade construída pela socioafetividade, como se segue:

APELAÇÃO. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. PAI REGISTRAL QUE REGISTROU MESMO SABENDO NÃO SER PAI BIOLÓGICO. INEXISTÊNCIA DE ERRO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PROVADA. Caso de pai registral que efetuou o registrado sabendo não ser o pai biológico, uma vez que quando passou a se relacionar com a genitora ela já estava grávida. Na hipótese, não há falar e nem cogitar em erro ou em algum tipo de vício na manifestação de vontade. Por outro lado, foi realizado laudo de avaliação social que concluiu expressamente

pela existência de paternidade socioafetiva entre o apelante e o filho registral que, hoje em dia, já é até maior de idade. NEGARAM PROVIMENTO.

(RIO GRANDE DO SUL, TJ, Apelação Cível Nº 70061285912, Relator: Rui Portanova, Julgado em 25/09/2014)

Pode-se concluir que o vínculo afetivo é irretroatável e irrenunciável, ou seja, quando resta comprovada a inexistência dos vícios de consentimento, bem como a solidificação da posse do estado de filiação – com o estabelecimento da socioafetividade –, aquele que reconheceu a pessoa como se filho fosse não pode mais romper esse vínculo.

3.3 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA SOCIOAFETIVIDADE

Hoje, não há que se falar em ilegalidade dos filhos, pois, conforme o artigo 1.596 do Código Civil, todos os filhos são iguais, sendo dotados de direitos e deveres, não mais importando sua origem. O elo afetivo que une os integrantes da família possui o mesmo valor que o estabelecido pelo ato notarial. Desta feita, o reconhecimento da filiação socioafetiva produzirá os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais resultantes da filiação consanguínea.

Caio Mário (2006) aborda a temática no que se refere à importância do reconhecimento da filiação pelo pai. Para o autor, a filiação existente entre pai e filho (biológica ou socioafetiva) é incapaz de, por si só, gerar consequências jurídicas. Para tanto, se faz necessário o seu reconhecimento, caso contrário o filho não terá a possibilidade de usufruir de seus direitos. Ainda nesse sentido, o doutrinador diz que é o reconhecimento que torna conhecido o vínculo da paternidade, transformando a situação de fato em uma relação de direito.

Apesar de esse também ser o entendimento majoritário dos tribunais, pode-se dizer que a jurisprudência recente tem se tornado mais flexível no que tange ao filho de criação, isto é, tem começado a dar tratamento diverso ao fato de a relação de afeto pura e simples não comprovar nada sobre a intenção do pai socioafetivo de adotar a criança. Essa mudança pode ser aferida nos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL – ALVARÁ JUDICIAL – LEVANTAMENTO DE VALORES RESIDUAIS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO JUNTO AO INSS DEIXADOS PELO PAI DE CRIAÇÃO DO RECORRENTE – NECESSIDADE COMPROVADA PARA REEMBOLSO DO MONTANTE GASTO COM FUNERAL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – ART. 1.109 DO CPC – RECURSO PROVIDO. Comprovado o pagamento das despesas com

funeral, o julgador deve abandonar o excesso de formalismo e atentar à finalidade social da norma, determinando a liberação do valor contido junto ao INSS para o “filho de criação”. [...] Ora, restou comprovado nos autos, principalmente pela nota fiscal de fl. 15, que foi o apelante quem arcou com as despesas de funeral. Logo, possui sim legitimidade para postular o presente pedido. Depois, não se esqueça que o requerente é “filho de criação” do de cujus, possuindo com ele grande relação de afeto, tanto é que o funeral foi todo pago por este. Portanto, não se podendo considerar o apelante parte ilegítima e tendo este comprovado o gasto, o deferimento do pedido é medida que se impõe.

(SANTA CATARINA, TJ, Apelação Cível nº 2008.013717-4, Relator: Des. Mazoni Ferreira, Julgado em 13/02/2009).

DIREITO DE FAMÍLIA. DEMANDA DECLARATÓRIA DE PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EQUIVOCADA EXTINÇÃO DA DEMANDA. CONDIÇÕES DA AÇÃO QUE, CONTUDO, NO CASO, REVELAM-SE PRESENTES. PLEITO QUE, EM TESE, SE AFIGURA POSSÍVEL, INOBTANTE O FALECIMENTO DOS SUPOSTOS PAIS SOCIOAFETIVOS. INTELECÇÃO DOS ARTS. 1.593 DO CC E 227, § 6º, DA CRFB. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PROVIDO. A pretensão ao reconhecimento da parentalidade socioafetiva tem ressonância no art. 1.593 do Código Civil, segundo o qual a filiação origina-se do laço consanguíneo, civil ou socioafetivo. Nada obsta o reconhecimento da filiação após a morte dos pretensos pai e mãe socioafetivos. Se ao filho biológico é franqueado o acesso à justiça na hipótese de investigação de paternidade ou de maternidade post mortem, ao filho socioafetivo, por força do princípio da igualdade entre as filiações (art. 227, par. 6º, da Constituição da República), deve ser assegurado idêntico direito de ação. De mais a mais, ao contrário do que se consignou na sentença, o fato é que, independentemente da expressa e específica manifestação de vontade dos pais socioafetivos quanto à filiação se comprovado, no processo, por todos os meios de provas admissíveis em direito, haverem eles assumido, de fato, a recorrente como filha, para todos os fins e efeitos de direito

(tractatus, nominatio e reputatio), a declaração revelar-se-á inolvidável. Saliento, aliás, que a própria assunção já consubstancia, em princípio, a exteriorização da vontade dos pais socioafetivos. Do contrário, não fosse essa a intenção deles, jamais haveriam de tratar como filha, diante de seus pares na sociedade, uma criança que não o é. Portanto, parece irrecusável admitir que, abstratamente considerado, o pedido encontra suporte no direito positivo vigente. Agora, se a pretensão tal qual deduzida vai ser acolhida, ao final, quando do julgamento de mérito, após a necessária dilação probatória, isso somente a sentença irá dizê-lo. De se sublinhar, ainda, que circunstância de haver, nos assentamentos civis da apelante, o registro do nome de sua genitora biológica, não constitui óbice ao reconhecimento da filiação socioafetiva. De fato, fosse assim, só poderia pleitear o reconhecimento do vínculo socioafetivo a pessoa que não tivesse absolutamente ninguém registrado como pai e mãe nos assentos civis! Não é isto, porém, o que sucede. Tanto é assim que na Justiça pululam casos que versam sobre a dissociação entre os laços biológicos e afetivos, a respeito dos quais o Poder Judiciário é instado a decidir qual deles deva prevalecer. O registro público compraz-se, tão-só, com a verdade real - seja a biológica ou a socioafetiva-, de sorte que, na hipótese de se revelar equivocado, a sua alteração é medida que se impõe, até mesmo como simples consectário da sentença de acolhimento do pedido. Ante o exposto, pelo meu voto eu dou provimento ao recurso, para o fim de, cassando a sentença, determinar que o processo, na origem, prossiga como de direito.

(SANTA CATARINA, TJ, Apelação Cível nº 2008.064066-4, Relator: Des. Eládio Torret Rocha, Julgado em 11 de janeiro de 2012).

Destarte, pode-se dizer que há uma tendência em afirmar a desnecessidade do reconhecimento judicial da socioafetividade para que os direitos advindos da filiação socioafetiva se efetivem. Caso essa ideia se concretize, bastará os indícios e presunções quanto à existência da paternidade para que ocorram consequências jurídicas.

A declaração do estado de filho é um efeito jurídico a ser observado com o reconhecimento da paternidade socioafetiva. Esse estado de filiação, decorrente do nascimento ou de um ato jurídico, como a adoção, fixa a condição do indivíduo na

família e na sociedade, constituindo uma fonte de direitos e deveres e fornecendo características personalizadas, pelos quais é possível identificar a pessoa.

A prova legal do estado de filho é a certidão de nascimento extraída pelo oficial de registro civil, instrumento público que faz prova do estado individual e familiar da pessoa.

O reconhecimento da paternidade socioafetiva tem eficácia declaratória, tanto na forma espontânea, quanto na judicial, trazendo efeitos *ex tunc*, isto é, retroage até a data de nascimento. Esse reconhecimento pode se dar até antes do nascimento, mas não é condicionado à sobrevivência do nascituro. Dessa forma, caso o filho nasça sem vida, o reconhecimento terá existido e será válido.

Atualmente, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 470/13, intitulado de Estatuto das Famílias. Esse ato normativo visa a trazer algumas mudanças nas relações familiares, buscando acompanhar a evolução do instituto diante das transformações sociais. Dentre essas modificações, merece especial importância a possibilidade de a socioafetividade reger as relações de parentesco e, sobretudo, a consagração expressa do princípio da afetividade na norma legal. Os dispositivos que contêm tais transformações, conforme sítio do Senado Federal, são:

Art. 5º - Constituem princípios fundamentais para a interpretação e aplicação deste Estatuto:

I – a dignidade da pessoa humana;

II – a solidariedade;

III – a responsabilidade;

IV – a afetividade;

V – a convivência familiar;

VI – a igualdade das entidades familiares;

VII – a igualdade parental e o melhor interesse da criança e do adolescente;

VIII – o direito à busca da felicidade e ao bem-estar

[...]

Art. 9º - O parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade e da afinidade. (BRASIL, 2013).

Outros efeitos jurídicos podem ser revelados com o reconhecimento da paternidade socioafetiva, entre os efeitos pessoais, estão: a) a adoção do sobrenome dos pais afetivos; b) a submissão do filho menor ao poder familiar (poder de proteção que decorre do princípio da proteção integral à criança e ao adolescente); c) as relações de parentesco com os parentes dos pais afetivos; entre outros.

No que tange aos efeitos patrimoniais, tem-se dois efeitos principais.

O primeiro diz respeito aos alimentos. O reconhecimento da paternidade socioafetiva gera para o filho o direito a alimentos, isto é, faz surgir a obrigação alimentícia do pai para com o filho.

Segundo Adriana Karlla de Lima (2011), os alimentos possuem caráter pessoal e são irrenunciáveis, mesmo podendo não ser pleiteados. Quando a própria pessoa não pode prover suas necessidades, os alimentos, requeridos em virtude da relação de parentesco, cumprem o papel de preencher suas necessidades existenciais. Dessa forma, o dever de sustento, criação e educação dos pais para com os filhos, originário do poder familiar, geram a obrigação de aqueles prestarem alimentos a esses. Os alimentos são devidos em razão de os filhos presumidamente necessitarem de recursos para sua formação pessoal e profissional, bem como para seu sustento, tendo em vista que, na maioria das vezes, eles dependem totalmente dos pais.

Por fim, o direito a sucessão também se mostra como um efeito jurídico patrimonial decorrente do reconhecimento da paternidade socioafetiva. Em razão do princípio da igualdade entre os filhos, aquele que toma posse do estado de filho em razão do afeto deve ser reconhecido como herdeiro necessário.

No entanto, uma dúvida paira sobre a doutrina acerca do direito de herança na paternidade socioafetiva. É possível o filho socioafetivo participar da herança do seu pai, mesmo a procura do reconhecimento dessa filiação tendo sido motivada apenas para fins patrimoniais?

O Tribunal de Justiça, em sede de apelação, já negou tal possibilidade, conforme se extrai do presente julgado:

Apelação cível. Investigação de paternidade socioafetiva cumulada com petição de herança e anulação de partilha. Ausência de prova do direito alegado. Interesse meramente patrimonial. Embora admitida pela jurisprudência em determinados casos, o acolhimento da tese da filiação

socioafetiva, justamente por não estar regida pela lei, não prescinde da comprovação de requisitos próprios como a posse do estado de filho, representada pela tríade nome, trato e fama, o que não se verifica no presente caso, onde o que se percebe é um nítido propósito de obter vantagem patrimonial indevida, já rechaçada perante a Justiça do Trabalho. Negaram provimento. Unânime

(RIO GRANDE DO SUL, TJ, Apelação Cível. 70016362469, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 13/09/2006).

É claro que a paternidade vai muito além de prover alimentos e dar ensejo a partilha de bens hereditários. Ela envolve valores e sentimentos imprescindíveis para a formação de uma pessoa, estando intrinsecamente relacionada com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, não sendo o caso de interesse meramente patrimonial, deve-se outorgar o direito à sucessão, pois a filiação socioafetiva, conforme demonstrado anteriormente, gera efeitos jurídicos por si só. Assim, cabe ao Judiciário julgar de acordo com o caso concreto, protegendo a relação paterno-filial e mostrando boa vontade em reconhecer o direito à herança caso sobrevenha o falecimento do pretense pai, mesmo que não haja o reconhecimento por via judicial.

4.CONCLUSÕES

Depois de conhecer afincamente as espécies de filiação, sobretudo a paternidade socioafetiva, no caso de seu reconhecimento, coerente se faz tecer algumas conclusões a respeito da possibilidade de o vínculo socioafetivo prevalecer sobre o vínculo biológico.

No caminhar do presente estudo, constatou-se que o vínculo afetivo hoje em dia é imprescindível para a constituição dos núcleos familiares, o que faz com que tal elemento ganhe grande relevância jurídica, saindo do campo dos fatos e tendo o condão de produzir direitos e obrigações na órbita do direito.

A multiparentalidade, que é a possibilidade da múltipla filiação na qual um filho é reconhecido pelo pai biológico e, concomitantemente, pelo pai afetivo, apesar de ser um fenômeno jurídico novo, está garantida implicitamente pelo ordenamento jurídico no tocante ao reconhecimento da igualdade entre os filhos. Assim, a Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade entre os filhos, assegurou o direito de filiação a todos os filhos, independentemente desse vínculo ter se originado por meio de um critério biológico, legal, afetivo ou adotivo, sendo que todos possuem os mesmos direitos e obrigações.

A prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica ou até mesmo a concomitância de paternidades é uma casuística, passível de conhecimento nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas a justifiquem.

Dessa forma, o melhor interesse da criança deve sempre ser a prioridade da família, do Estado e de toda a sociedade, não devendo existir uma regra rígida de que a paternidade socioafetiva prevaleça sobre a biológica e vice-versa, mas se atentando para a ideia de que tal hipótese, nos dias atuais, se faz cada vez mais presente.

5.REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código Civil (2002). Código Civil. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Estatuto da Criança e do Adolescente. Vade Mecum Saraiva. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº 12.004, de 29 de julho de 2009. Altera a Lei no 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 30 jul. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12004.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 470, de 12 de novembro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242>. Acesso em: 10 mar. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. In: Vade Mecum Legislação selecionada para OAB e Concursos. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1189663/RS. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 06 set 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21082296/recurso-especial-resp-1189663-rs-2010-0067046-9-stj/inteiro-teor-21082297>. Acesso em: 21 jan. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família, sucessões, 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. Da paternidade – relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: Direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Adriana Karlla de. Reconhecimento da paternidade socioafetiva e suas consequências no mundo jurídico. In: Âmbito Jurídico. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9280%3E>. Acesso em: 10 fev. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70016362469. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 13 setembro 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Civil 70049187438. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 06 setembro 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 70061285912. Relator: Rui Portanova. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 25 setembro 2014.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 2008.013717-4. Relator: Des. Mazoni Ferreira. Santa Catarina, Florianópolis, 13 de fevereiro de 2009.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 2008.064066-4. Relator: Des. Eládio Torret Rocha. Santa Catarina, Florianópolis, 11 de janeiro de 2012.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: GEN/Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: Direito de família. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 6 v.

RECONHECIMENTO DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA: BURLA AO PROCESSO DE ADOÇÃO?

RENAN MOTTA FALCÃO:
Advogado. Graduado em direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo analisar o instituto da parentalidade socioafetiva frente ao instituto da adoção civil no ordenamento jurídico brasileiro, bem como responder ao questionamento se aquele instituto se configura como uma burla a consecução desse. Diante disso, será abordada a origem dos dois institutos e suas peculiaridades, bem como conceitos, requisitos e finalidades segundo a legislação e a evolução do pensamento doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: Parentalidade Socioafetiva. Adoção. Burla.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva; 3. Adoção civil; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil de 1916 era extremamente patrimonialista e conservador, principalmente no que se referia a família, uma vez que só protegia a família legítima, ou seja, aquela constituída e reconhecida pelo matrimônio, cuja dissolução era vedada.

Sendo assim, a família era necessariamente biológica e baseada no trinômio casamento, sexo e reprodução, sendo reconhecidos somente os filhos nascidos dessa relação a fim de salvaguardar a entidade, restando, portanto, negligenciados os considerados espúrios, adulterinos ou incestuosos e os adotivos.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 grandes mudanças ocorreram na família. A Carta Magna trouxe três eixos que merecem destaque, a saber: as famílias plurais, igualdade de gêneros e igualdade de filiação.

Segundo o doutrinador Silvio Venosa:

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se

encontram princípios expressos acerca do respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes. Foi essa Carta Magna que também alçou o princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros (art. 226, § 5º) e igualdade absoluta dos filhos, não importando sua origem ou a modalidade do vínculo (art. 227, § 6º). (VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil: Direito Civil: Direito de Família. 11. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2011, v. 6. p.7.)

No que tange aos filhos, a Constituição de 1988 em seu artigo 226, §6º, mudou o entendimento anterior de que somente os filhos legítimos teriam proteção legal, estendendo o reconhecimento a todos os filhos, sejam ou não oriundos do casamento, promovendo a maior evolução no direito à filiação ocorrida até então em nosso ordenamento jurídico.

O Código Civil de 2002, por sua vez, passou a compreender a paternidade socioafetiva no art. 1.593, insculpida pela expressão 'outra origem', quando dispôs que 'o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem', consoante interpretação do enunciado nº 103, aprovado na Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal no período de 11 a 13 de setembro de 2002.

No dia 17 de novembro de 2017, foi publicado o Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que disciplinou o reconhecimento do filho socioafetivo no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais independentemente de sentença judicial, configurando um marco para a disposição extrajudicial desse instituto.

Com isso, 'explodiu-se' a quantidade de casos de crianças que passaram a ser reconhecidas extrajudicialmente e que poderiam perfeitamente serem adotadas pelos mesmos pais que optaram pelo reconhecimento socioafetivo, trazendo a lume o questionamento se esse procedimento não estaria se configurando como uma 'burla' ao processo legal da adoção, o que será analisado nesse artigo.

2.RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA

O direito de família brasileiro admite uma série de vínculos como suficientes para o estabelecimento da filiação. Biológicos, presuntivos, registrais, adotivos,

decorrentes de reprodução assistida e afetivos perfilam lado a lado no nosso sistema jurídico, todos passíveis de constatar uma relação de parentesco.

Há mais de três décadas vem sendo conhecida entre nós a denominada paternidade socioafetiva, relação precursora do reconhecimento dos vínculos socioafetivos na filiação.

A parentalidade socioafetiva, gênero do qual se insere a paternidade e a maternidade socioafetiva, é considerada como um tipo de filiação pautada no afeto, carinho e amor, caracterizando-se pela ausência de vínculo biológico entre as pessoas, embora seja possível a concomitância entre a filiação biológica e a construída pela afetividade.

Para se chegar ao conceito de parentalidade socioafetiva é necessário enveredar pela análise da socioafetividade e do afeto, onde será possível galgar a ideia central de seu conceito, estabelecendo os seus parâmetros e limites.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf conceitua a afetividade como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo também, considerado como o laço criado entre os homens, que mesmo sem características sexuais, continua a ter uma parte de amizade mais aprofundada. (MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Famílias. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.18)

Paulo Luiz Netto Lôbo complementa a lição sobre o afeto, ensinando que ele possui origem constitucional:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que se respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou a progressiva superação dos fatores de discriminação entre eles. Projetou-se no campo jurídico-constitucional, a afirmação da família como grupo social fundado essencialmente nos laços da afetividade. Encontram-se na CF quatro fundamentos essenciais do princípio da afetividade, constitutivos dessa aguda evolução social da família, máxime durante as últimas décadas do século XXI: a) todos os filhos são iguais independentemente de sua origem (art. 227, §6º); b) a adoção, como escolha afetiva, alçou-se integralmente ao plano da igualdade de direitos (art. 227, §5º e 6º); c) a comunidade formada por qualquer dos pais e seus

descendentes, incluindo-se os adotivos, tem a mesma dignidade de família, constitucionalmente protegida (art. 226, §4º); d) o direito à convivência familiar e não a origem genética, constitui prioridade absoluta da criança e do adolescente (art. 227, *caput*). (LÔBO.In:AZEVEDO,2003.p.42)

Até pouco tempo, o reconhecimento e registro de uma relação filial socioafetiva somente poderia se dar por intermédio de uma intervenção do Poder Judiciário, ou seja, os interessados em ver registrada uma dada filiação socioafetiva consensual deveriam, necessariamente, ajuizar uma ação judicial para obter o provimento, o que demandava a intervenção de um advogado, o custo e tempo de um processo judicial, dentre outros percalços que envolvem uma demanda em juízo.

Entretanto, a partir de 2013 essa situação começou a mudar no cenário brasileiro, pois alguns estados passaram a permitir o reconhecimento da filiação socioafetiva de forma extrajudicial diretamente no cartório de registro de pessoas naturais, sendo o primeiro deles Pernambuco, seguido de Maranhão, Ceará, Amazonas, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul e Sergipe. Contudo, cada estado regulou o procedimento com as suas particularidades, sem que houvesse uma uniformização nacional, enquanto que em outros o procedimento não era sequer permitido ainda.

Diante do grande dissenso nacional sobre a temática, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM elaborou um pedido de providências ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) solicitando a uniformização do procedimento a fim de que houvesse igualdade e padronização na possibilidade do reconhecimento extrajudicial da filiação socioafetiva em todos os cartórios de registro de pessoas naturais do País.

Em resposta, o Conselho Nacional de Justiça admitiu a necessidade de uniformização do procedimento entendendo que o reconhecimento extrajudicial da paternidade socioafetiva teria fundamentação legal no art. 1º, III e art. 227, *caput* e §6º, ambos da Constituição Federal, bem como no art. 1.593 e 1.596 do Código Civil e art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, além de farta fundamentação doutrinária e jurisprudencial.

Com isso, no dia 14 de novembro de 2017 o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63 para regularizar o reconhecimento voluntário de paternidade ou maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais em todo o território nacional, tendo sido revisto em alguns pontos no dia 14 de agosto de 2019 quando da aprovação do Provimento nº 83, razão pela qual analisaremos o primeiro provimento com as devidas alterações.

O Provimento nº 83 alterou o anterior logo no seu art. 10, que é o primeiro que trata acerca da paternidade socioafetiva, informando que o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 (doze) anos seria realizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, enquanto que seu texto original não fazia limitação de idade para a realização desse procedimento.

Ademais, inseriu-se uma alínea no art. 10 contendo quatro parágrafos, cujo *caput* informava que a paternidade ou maternidade socioafetiva deveria ser estável, ou seja, consolidada ao longo do tempo e exteriorizada socialmente.

Os parágrafos primeiro e segundo informaram que o registrador deveria atestar a existência do vínculo afetivo mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos demonstrados por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, como por exemplo, apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida.

No entanto, o parágrafo terceiro trouxe uma ressalva, alegando que a ausência desses documentos não impediria o registro, desde que justificada a impossibilidade, devendo o registrador atestar como apurou o vínculo socioafetivo.

Por fim, o parágrafo quarto esclareceu que os documentos colhidos na apuração do vínculo socioafetivo deveriam ser arquivados pelo registrador (originais e cópias) juntamente com o requerimento.

Prosseguindo a análise o art. 11, *caput*, apontou para a desnecessidade do procedimento ser realizado perante o mesmo ofício de registro civil onde foi lavrado o assento de nascimento, entretanto, deverá haver a exibição do documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação.

Os parágrafos primeiro e segundo desse artigo referem-se a coleta de dados pessoais do requerente, bem como sua qualificação e assinatura, informando que deverá ser mantido em arquivo a cópia de toda a documentação juntamente com o termo assinado. O parágrafo terceiro, por sua vez, aduz que além de constar no termo os dados do requerente, constarão os dados do campo FILIAÇÃO e o do filho, devendo o registrador colher a assinatura do pai e mãe do reconhecido, caso este seja menor.

O parágrafo quarto houve uma alteração, onde se passou a exigir o consentimento do menor de 18 anos para a validade do procedimento, enquanto que o parágrafo originário informava apenas que se o filho fosse maior de 12 (doze) anos o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigiria o seu consentimento, ou seja, a alteração veio ratificar a vedação do reconhecimento extrajudicial do menor de 12 (doze) anos já esposada.

Os parágrafos quinto e sexto, por sua vez, esclarecem que a anuência do pai, da mãe e do filho maior de 12 (doze) anos deverá ser feita pessoalmente e, em caso de impossibilidade deles ou de sua manifestação válida ou da do filho, o caso deverá ser apresentado ao juiz competente.

Quando o procedimento envolver a participação de pessoa com deficiência, serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada constante no capítulo III, título IV, do livro IV do Código Civil conforme aduz *ipsis litteris* o parágrafo sétimo.

Por fim, o parágrafo oitavo informa que o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os trâmites legais.

O provimento nº 83 acrescentou um parágrafo ao art. 11 com mais três incisos, cujo *caput* informa que depois de atendidos os requisitos legais para o procedimento, o registrador encaminhará o expediente para o representante do Ministério Público a fim de que este emita um parecer.

Somente após o parecer favorável do Ministério Público, o registrador poderá realizar o procedimento, caso contrário, deverá arquivá-lo e comunicar o ocorrido ao requerente. O inciso III finaliza esclarecendo que qualquer dúvida poderá ser sanada em juízo.

Em caso de suspeita de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador deverá recusar a realização do ato e encaminhar o pedido ao juiz competente.

O art. 13 traz um óbice para a realização do procedimento que ocorre quando houver discussão em juízo sobre o reconhecimento da paternidade ou um processo de adoção, razão pela qual o requerente deverá declarar que desconhece a demanda judicial, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal.

O reconhecimento da maternidade ou paternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral, não podendo ser realizado o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo filiação no assento de nascimento, sendo essa mais uma alteração introduzida pelo novo provimento no *caput* do art.

14. No entanto, o parágrafo segundo traz uma exceção à regra quando informa que caberá ao poder judiciário a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo.

Por fim, o provimento se encerra com o art. 15, cujo teor informa que o procedimento extrajudicial não obstaculiza a discussão judicial sobre a verdade biológica.

Com a promulgação desses provimentos consolidou-se a valorização do elo afetivo, passando a importar muito mais o respeito, carinho, companheirismo e amor mútuos do que fatores de ordem biológica ou jurídica, inclusive, desde a promulgação da carta magna, percebe-se não só a ocorrência de uma igualdade entre a filiação biológica e afetiva, mas um reconhecimento maior da importância dessa em face das demais.

3.ADOÇÃO CIVIL

A adoção é uma prática que não é fruto de um resultado inovador do legislador contemporâneo, mas sua existência remonta a antiguidade, tendo como adoção mais emblemática dessa época a de Moisés, que foi encontrado às margens do rio Nilo e adotado pela filha do faraó, conforme escrito na bíblia sagrada.

Na antiguidade, a adoção não era apenas um ato de amor ao próximo, mas uma necessidade da família de que se mantivessem os cultos, as leituras diárias sagradas e as demais crenças revestidas de religiosidade da época.

O Código de Hamurabi (1728/1686 a.c) foi a norma que colocou o *start* em todo o ordenamento jurídico, pois foi com base nele que muitas normas relacionadas a adoção surgiram, tendo sido a primeira norma codificada que previa questões relacionadas a adoção, família e sucessões.

No Código de Hamurabi adoção era considerada um contrato entre o adotante e o adotado, no qual se compunham obrigação entre as partes, além de dispor severas penalidades para aqueles que ousassem denegar a família adotiva.

Outro código que também regulamentou a adoção em seus dispositivos foi o de Manu, uma legislação indiana escrita em sânscrito em 150 a.c, que permitia em seu art. 543 que o primeiro filho de uma mulher no qual o pai não tinha filhos, fosse considerado filho de seu pai.

Na idade média, com as crenças católicas se considerava que somente os filhos de sangue (biológicos) eram considerados legítimos e que a adoção era um ato nocivo ao matrimônio. Os aristocratas reputavam que a adoção não era correta, pois, para eles, somente os filhos legítimos tinham o direito de suceder os bens e

heranças, não podendo haver desvios. Com isso, a adoção 'caducou' e não foi mais usual por um bom tempo.

Foi Napoleão Bonaparte quem resgatou o assunto em seu Código Napoleônico de 1804 a partir da revolução francesa, estabelecendo a adoção para maiores de 50 anos de idade, impulsionando as demais legislações do mundo a restabelecerem o instituto.

O Código Civil de 1916, mesmo sendo revolucionário ao estabelecer o instituto da adoção no ordenamento jurídico brasileiro, ainda carregava o peso do passado em seus artigos quando declarava que a adoção só poderia ser efetivada por adotantes maiores de 50 anos de idade, sem nenhum descendente legítimo e com uma diferença mínima de 18 anos de idade em relação ao adotado.

Com o passar dos anos, em 1957 o projeto de lei nº 3.133/57 foi aprovado e alterou o código civil no que se referia a idade mínima para que os adotantes pudessem adotar reduzindo-a para 30 anos, bem como a diferença de idade entre as partes que passou a ser de 16 anos.

O Código Civil de 2002, por sua vez, revogou o Código Civil de 1916 e dispôs sobre a adoção em seus artigos 1.618 a 1.629 do capítulo IV, porém não trouxe grandes alterações em sua matéria, uma vez que várias disposições traziam normas iguais às do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O diploma se atualizou ao mencionar que o consentimento dos pais biológicos a adoção era revogável até a sentença constitutiva de adoção (art. 1.621, §2º), no entanto, nesse momento, algumas crianças já poderiam estar adaptadas a nova família, razão pela qual o juiz deveria analisar o caso concreto.

Outra modificação relevante foi o fato de que a adoção só passaria a produzir seus efeitos após o trânsito em julgado de sentença constitutiva, exceto se o adotante falecesse no curso do processo, podendo inclusive, haver modificação do nome e prenome do adotado a pedido de ambos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) entrou em vigor em 13 de julho de 1990 e trouxe um frescor ao ordenamento jurídico brasileiro no tocante a adoção, passando a priorizar o interesse da criança e adolescente. Competia às Varas da Infância e Juventude solucionar as lides do adotado menor de 18 anos, enquanto que para os maiores caberia as Varas de Família comuns, regidos pelo Código Civil de 2002.

Uma das inovações foi a imprescindibilidade do consentimento dos pais ou representantes legais e o da criança caso fosse maior de 12 anos, com exceção dos pais que haviam sido destituídos do pátrio poder ou estivessem desaparecidos.

O estágio de convivência, que consiste no tempo em que a criança deverá permanecer sob a tutela do Estado com a família eleita a adotá-la, passou a ser um requisito indispensável, uma vez que é a partir dele que se perceberá se a adoção logrará êxito ou não, sendo dispensável tão somente no caso de o adotado ter menos de um ano de idade ou já estar inserido na família a muito tempo constatando-se a configuração do vínculo afetivo.

O Ministério Público é o órgão competente para fiscalizar o processo de adoção, assumindo a posição de curador do adotando e analisando as causas da adoção, no entanto, a constituição do vínculo só será possível com a decisão judicial, onde será realizado um novo registro e o adotando passará a ter o nome da família adotante, rompendo definitivamente o vínculo com os pais e parentes consanguíneos, exceto nas questões de impedimento para contrair matrimônio.

A lei nº 12.010/09 sancionada em 3 de agosto de 2009, trouxe significativas mudanças no instituto da adoção, priorizando ainda mais o vínculo afetivo, o convívio e o bem-estar entre as partes.

A primeira delas se refere ao cadastro estadual, onde o poder público passou a disponibilizar locais para cadastramento em todo território nacional, estabelecendo programas, projetos e ações sociais que orientem e desmistifiquem a adoção com o intuito de divulgá-la.

Uma segunda mudança foi a fiscalização que o poder público passou a exercer nas crianças que se encontravam em abrigos e a necessidade de ser realizada uma avaliação a cada 6 meses a fim de se constatar a reintegração a família biológica ou a adoção, caso as crianças já estivessem no abrigo por um período maior que 2 anos.

Outro ponto relevante foi a prioridade de adoção pela família extensa como tios, primos e parentes próximos, pois favorecia o desenvolvimento da criança e adolescente dentro da convivência familiar e, em caso de grupo de irmãos, deveria ser priorizado a colocação na mesma família substituta, levando em consideração os laços sanguíneos e afeto existente entre eles.

A idade mínima para adotar passou a ser 18 anos, sendo que a diferença de idade entre adotante e adotado passou a ser de 16 anos, sem contar a responsabilidade e consciência que o adotante passou a ter para com o adotando no que diz respeito a subsistência e tudo o que for necessário para o seu desenvolvimento saudável.

Para o processo de habilitação, o casal passará por orientações psicossociais onde serão informados acerca a importância da adoção e a responsabilidade que terão a partir daquele momento. Em seguida, serão apresentados a criança a fim de observar a afeição entre eles e, em caso de boa receptividade, será dado o aval para adotar. Esse aspecto foi muito positivo no procedimento, uma vez que evitou a devolução dos adotandos, o que ocorria com frequência antes do advento desta lei e ocasionava-lhes danos emocionais e psicológicos.

Outro aspecto importante foi a possibilidade da criança ou adolescente poder conhecer sua família biológica sem que necessitasse da anuência dos pais adotivos, uma vez que se está falando em direitos personalíssimos, contudo, se o filho for menor de 18 anos deverá ser acompanhado por uma equipe interdisciplinar.

Por fim, a lei ratificou a imprescindibilidade do estágio de convivência, excepcionando-o apenas no caso de a criança já estar sob os cuidados da família substituta durante um tempo suficiente que configure uma boa adaptação. Por outro lado, a mera guarda não dispensa o estágio de convivência, porque não será viável a comprovação e confirmação de uma ligação saudável entre a criança e a família adotante.

A adoção e seus efeitos são irrevogáveis, essa é a característica mais intensa desse instituto, motivo pelo qual existe tanta burocracia e requisitos a serem preenchidos para que seja efetivado.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo se propôs a realizar um aprofundamento dos institutos jurídicos da parentalidade socioafetiva e da adoção civil, bem como responder ao questionamento se o primeiro instituto não estaria negligenciando ou ocasionando uma 'burla' a consecução do segundo, tendo em vista a grande quantidade de casos que passaram a obter o reconhecimento socioafetivo nos últimos anos.

Sendo assim, os dois institutos foram analisados sob vários aspectos como origens, conceitos, características, pressupostos legais entre outros, a fim de se constatar a verossimilhança entre eles, entretanto, o que se percebeu é que eles se propõem a objetivos diversos, pois enquanto a parentalidade socioafetiva não almeja a ruptura do vínculo biológico, mas a sua coexistência, a adoção destitui o poder familiar e o filho passa a obter um novo registro de nascimento.

Visualizou-se, também, outras diferenças como, por exemplo, a possibilidade da existência da multiparentalidade no reconhecimento socioafetivo, o que não ocorre no da adoção e a oportunidade da realização daquele pela via extrajudicial no caso de pessoas maiores de 12 anos, o que não é permitido nesse.

Ademais, na parentalidade socioafetiva já existe um vínculo afetivo entre as partes que apenas almejam reconhecê-lo, enquanto que na adoção, na maioria dos casos, as partes necessitam passar pelo estágio de convivência a fim de se constatar a existência do vínculo entre elas.

Com isso, resta claro que os institutos foram criados com objetivos diferentes e em momentos diferentes, coexistindo-os sem que um represente uma 'burla' ao outro e ratificando a diversidade atual do pensamento jurídico na sociedade e a sua constante evolução.

5. REFERÊNCIAS

CODECO, Carlos Vinícius Lopes. **Adoção e seus aspectos relevantes no ordenamento jurídico brasileiro.** Orientação da mestra Magali Bruno Lopes – Centro Universitário Toledo. Araçatuba/ SP, 2019. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/2219>. Acesso em 21/05/2020 às 08:33h.

GALVÃO, Vitor Gonçalves. **Filiação Socioafetiva e as responsabilidades advindas do poder familiar.** Orientação de Vinicius Roberto Priori – Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UniSALESIANO, Lins-SP, 2018. Disponível em: <http://www.unisalesiano.edu.br/biblioteca/monografias/61828.pdf>. Acesso em 22/05/2020 às 10:13h.

LOPES, Paula Ferla. **A paternidade socioafetiva no ordenamento jurídico brasileiro.** Publicado em 24 de junho de 2014. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2018/09/paula_lopes.pdf. Acesso em 18/05/2020 às 14:32h.

MACIEL, Telma Djanira. **A paternidade sob a ótica do afeto.** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19721>. Acesso em 18/05/2020 às 07:33h.

MATRIZ, Elza. **Efeitos jurídicos da filiação socioafetiva.** Publicado em outubro de 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77343/efeitos-juridicos-da-filiacao-socioafetiva>. Acesso em 17/05/2020 às 08:54h.

SANTOS, Gabriela Bergo dos. **A adoção no ordenamento jurídico: Evolução histórica e sua eficácia.** Araçatuba/SP, 2018. Disponível em: <https://servicos.unitoledo.br/repositorio/handle/7574/1916>. Acesso em 18/05/2020 às 09:47h.

SILVA, Daniela Mendonça. **A adoção no sistema jurídico brasileiro**; Orientação de Aline Hadad Ladeira – Lavras: Unilavras, 2019. Disponível em: <http://dspace.unilavras.edu.br/handle/123456789/408>. Acesso em 17/05/2020 às 11:22h.

TARTUCE, Flávio. **O Provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça e o novo tratamento do reconhecimento extrajudicial da parentalidade socioafetiva**. Publicado em 29 de agosto de 2019. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/artigos/1353/O+provimento+832019+do+Conselho+Nacional+de+Justi%C3%A7a+e+o+novo+tratamento+do+reconhecimento+extrajudicial+da+parentalidade+socioafetiva+>; Acesso em 19/05/2020 às 09:35h.

VILAS-BÔAS, Renata. **A filiação socioafetiva: facilidades para a sua concretização**. Publicado em 5 de novembro de 2019. Redação Jornal Estado de Direito. Coluna Direito da Família e Direito Sucessório. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/a-filiacao-socioafetiva-facilidades-para-a-sua-concretizacao/+de+Justi%C3%A7a+e+o+novo+tratamento+do+reconhecimento+extrajudicial+da+parentalidade+socioafetiva+>. Acesso em 20/05/2020 às 11:26h.

HISTÓRIA DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: DAS ORDENAÇÕES AO PROJETO DE LEI DO SENADO N°. 236/2012

THAÍZA LOPES EVANGELISTA:
Graduanda de terceiro período do curso de Direito pela Universidade Federal do Amazonas

RESUMO: O presente artigo aborda a história do Direito Penal no território brasileiro, um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes (BITENCOURT, 2020). É uma matéria indispensável em qualquer sociedade, tendo em vista o importante papel que desempenha para manutenção da ordem. O artigo aborda o contexto histórico do Direito Penal no Brasil, fazendo um levantamento informativo acerca das suas perspectivas sociais, seus princípios, sua evolução, a tratativa nos diferentes contextos em que se insere e as críticas que cada legislação recebe.

Palavras-chave: Direito Penal; História; Ordenações Afonsinas; Ordenações Manuelinas; Ordenações Filipinas; Código; Projeto de Lei.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal no Brasil é exercido pelo Estado, através de sanções que visam regular a ordem social e extinguir a prática de delitos (criminalidade), sendo esta classificada por Émile Durkheim como parte da fisiologia funcional de qualquer sociedade, ou seja, o delito não é uma patologia, mas sim um elemento normal da vida social. Em contrapartida, o Estado deve buscar meios de controlar a ordem social, com isso surge a aplicação de instrumentos para garantir esse controle e, conseqüentemente, é adotada uma política por parte de cada território, observando sua legislação.

Tendo em vista o citado, essa matéria vem sofrendo evoluções por milênios, uma vez que o contexto social é mutável, assim como as condições de cada território e busca-se constantemente legislações mais atualizadas, visando a não repetição de erros passados, atendendo às melhores alternativas condizentes com a evolução da ordem social. No Brasil, a primeira legislação que se tem conhecimento acerca de punições no território brasileiro é o Livro V das Ordenações Filipinas, do Rei Filipe II, vigente de 1603 a 1830. Todavia, devido ao fato do Brasil ainda ser colônia de Portugal na época da vigência dessa Lei, o Livro não é levado em consideração como Código, apenas leva a classificação de diploma penal. O primeiro Código Criminal do Brasil, após a declaração da sua independência, foi o Código Criminal do Império do Brasil, sancionado por D. Pedro I, em 1830. Este vigeu de 1830 a 1890, quando a

República foi proclamada, foi elaborado o Código Criminal da República, sendo os ajustes feitos conforme a nova legislação da Constituição de 1891.

Por sua vez, devido à necessidade de normas atualizadas, que se encaixassem mais no contexto em que o país vivia e a alta quantidade de leis que reformularam o Código Republicano, foi sancionado o Código Penal de 1932, denominado Consolidação das Leis Penais de Piragibe, o qual vigeu até 1940. O Código Penal de 1940 é vigente até os dias atuais, apesar de ter passado por modificações, as quais serão citadas ao longo do artigo.

Percebe-se as diversas evoluções que o Direito Penal sofreu no Brasil, as quais são de extrema importância para conhecimento da realidade em que o país se insere, compreendendo seus princípios, suas críticas, seus contextos passados e a necessidade de preservação e manutenção da ordem penal, buscando sempre a evolução das leis.

2.0 PERÍODO COLONIAL

2.1 ORDENAÇÕES AFONSINAS

É sabido que vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas durante o período do “descobrimento” do Brasil. Publicadas em 1446, continham em seu bojo trechos traduzidos das Leis de Justiniano, com as glosas e explicações de sabedores antigos que as interpretavam. Foram a primeira grande compilação das leis esparsas em vigor e visavam a um melhor entendimento das normas vigentes.

As Ordenações Afonsinas receberam o nome do monarca reinante por convenção, haja vista que este ainda era menor de idade à época e pouca participação tivera em sua composição. Na verdade, as disposições contidas neste código começaram a ser elaboradas ainda no reinado de D. João I (1385-1423). A obra seguiria sem conclusão por todo o reinado do monarca seguinte, D. Duarte (1423-1438), ainda que uma compilação provisória e cronológica das mesmas leis, denominada “Ordenações de D. Duarte”, fosse utilizada durante o governo do citado rei, como documento preparatório para o texto definitivo, sendo utilizado juntamente com outro texto preparatório para as ordenações, o Livro das Leis e Posturas (SANTIAGO, 2011).

As suprarreferidas Ordenações Afonsinas estão organizadas em cinco livros, seguindo a organização dos Decretais de Gregório IX (de 1234 – coletânea de normas pontifícias). O Livro I, intitulado “Sobre o Juiz (judex)”, contém 72 títulos, e se debruça sobre os regimentos dos cargos públicos. Apesar de todos os livros serem precedidos de preâmbulo, é o primeiro livro que possui o preâmbulo mais extenso que os restantes por conter a história da elaboração do mesmo código. Já o Livro II,

intitulado “Sobre o Processo (judicium)”, em seus 123 títulos versa sobre os bens e privilégios da Igreja, da administração fiscal, da jurisdição dos donatários, das prerrogativas da nobreza e legislação especial para judeus e mouros. O Livro III (“Sobre o Clero (cleros)”), por sua vez, com 128 títulos, ligava-se ao processo civil, abordando os Atos Judiciais e os procedimentos para a postulação dos mesmos. O Livro IV (“Sobre o Casamento (connubia)”), com 112 títulos, aborda os assuntos de direito civil. O Livro V (“Sobre o Crime (crimen)”), com seus 121 títulos, trata dos crimes, penas e respectivas punições (SANTIAGO, 2011).

Nas Ordenações Afonsinas, a técnica legislativa utilizada foi a transcrição na íntegra, dentro de cada Título, da fonte ou fontes existentes, seguindo-se um comentário, contendo confirmação, alteração ou afastamento do regime jurídico até então em vigor. Abrindo-se uma exceção, no Livro I escrito no estilo denominado de “decretório” ou “legislativo”, dessa forma, enunciava-se diretamente a norma, sem referência à fonte anterior (MATZEMBACHER, 2019).

2.2 ORDENAÇÕES MANUELINAS

Vinte e um anos após a promulgação das Ordenações Afonsinas, entraram em vigor as Ordenações Manuelinas, que tinham conteúdo muito semelhante à legislação revogada, durando até 1603, ano em que as Ordenações Filipinas sucederam-nas. Concomitantemente à existência das Ordenações Manuelinas vigorou o Código Sebastião, onde mais do que compilar e reunir as leis, foi sintetizado o conteúdo preceptivo. Esse Código de Sebastião foi dividido em seis partes: Parte I: Dos Ofícios e Regimentos dos Oficiais; Parte II: Das Jurisdições e Privilégios; Parte III: Das Coisas Judiciais; Parte IV: Dos Delitos, dos Atos Ilícitos e das Contravenções; Parte V: Da Fazenda Real; Parte VI: Das Coisas Extraordinárias.

Quanto às Ordenações Manuelinas, compostas também de cinco Livros, no seu prólogo, o monarca D. Manuel I, justificando a compilação, apontou:

(...) reformar estas ordenações e fazer nova compilação, tirando todo o sobejo e supérfluo, e adendo no minguado, suprimindo os defeitos, concordando as contrariedades, declarado o escuro e difícil de maneira que assim dos letrados como de todos se possa bem e perfeitamente entender (...). (PORTUGAL.1513)

Tem-se, também, o foco na justiça dentro das Ordenações como ponto central da ação do rei, tal como emana em seu prólogo o próprio monarca:

(...) considerando nós quão necessária em todo o tempo é a justiça, assim na paz como na guerra, para a boa governação e conservação de toda a República e estado real: a qual como

membro principal e mais que as outras virtudes excelentes, assim mais que todas aos príncipes convém, e nela como em verdadeiro espelho de consciência se devem sempre rever e esmerar: porque como a justiça consiste em igualdade, e com justa balança dar o seu a cada um; assim o bom rei deve ser sempre um e igual a todos em retribuir a cada um segundo seus merecimentos (...). (PORTUGAL. 1513)

Frisa-se nessa Ordenação o fato da legislação relativa aos judeus desaparecer, devido a sua expulsão do reino em 1496. Outra alteração significativa estabeleceu-se com relação ao estilo de redação utilizada, pois todas as leis dessa Ordenação foram redigidas em estilo “decretório”. Ademais, no Livro V, Título LVIII, estava prevista a aplicação de certas penas aos juizes que não observavam as Ordenações, bem como se determinava que, no caso de dúvidas na interpretação da lei, se deveria apresentar tais dúvidas ao regedor da Casa da Suplicação, no intento de que, em conjunto com os desembargadores, se fixasse a interpretação (MATZEMBACHER, 2019).

Durante o período de vigência das Ordenações Manuelinas, notou-se o concílio ecumênico mais longo da história da Igreja Católica: o Concílio de Trento. Ele, para opor-se ao protestantismo, emitiu quantidades absurdas de decretos disciplinares e especificou as doutrinas católico-romanas quanto à salvação, os sete sacramentos, o Cânone de Trento, e a Tradição, a doutrina da graça e do pecado original, a justificação, a liturgia e o valor e importância da Missa, o celibato clerical, a hierarquia católica, o culto dos santos, das relíquias e das imagens, as indulgências e a natureza da igreja. Os decretos tridentinos e os diplomas provenientes do concílio foram as principais fontes do direito eclesiástico durante os quatro séculos seguintes, até a promulgação do Código de Direito Canônico em 1917 (MATZEMBACHER, 2019).

2.3 ORDENAÇÕES FILIPINAS

As Ordenações Filipinas surgiram da necessidade de consolidar as normas do reino de Portugal, servindo para a centralização do poder na figura do rei. Outrossim, elas representam um pequeno recuo do prestígio conferido ao direito canônico em Portugal após o Concílio de Trento, cujas restrições e determinações haviam sido aceites na íntegra durante o reinado de D. Sebastião. Esta obra, também como nas outras Ordenações, continua sendo dividida em cinco livros: Livro I: Direito Administrativo e Organização Judiciária; Livro II: Direito Eclesiástico, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Livro III: Processo Civil; Livro IV: Direito Civil e Direito Comercial; Livro V: Direito Penal e Processo Penal (MATZEMBACHER, 2019).

Sob a lente das Ordenações Filipinas, cumpre ressaltar a desproporção que existia entre a conduta delitiva e as penalidades aplicadas aos infratores; a severidade das sanções; a desigualdade na aplicação da pena em razão do sexo, do país de origem, da posição social e de outros fatores discriminativos dos infratores; a existência da pena de morte, sendo, pois, a austeridade regra marcante de tal diploma normativo. Buscava-se a intimidação pelo terror, sendo a morte a punição mais frequente (ESTEFAM, 2010, p. 65). Nesse sentido faz jus o que disse Estefam:

(...) as penas de morte natural; morte natural para sempre; morte natural cruelmente; morte pelo fogo, até ser feito o condenado em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória; açoites, com ou sem baraço; pregão, pela cidade ou vila; degredo para as galés; degredo, perpétuo ou temporário, para a África, para a Índia, para o Brasil, para o Couto de Castro Marim, para o reino ou fora da vila, e termo, ou fora do bispado; mutilação das mãos, da língua; queimaduras com tenazes ardentes; capela de chifres na cabeça – aplicado aos maridos condescendentes; polaina ou enxavaria vermelha na cabeça – aplicada às alcoviteiras; confisco, como pena principal ou acessória, ou multa. (ESTEFAM, 2010, p. 65).

A pena capital poderia ser executada de quatro formas, como relatado por Cândido Mendes: morte natural cruelmente; morte natural de fogo; morte natural e morte natural para sempre. A primeira dessas dependia do arbítrio dos juízes e da atrocidade dos executores. Na segunda, o réu deveria ser queimado vivo, contudo, segundo costume antigo dava-se garrote aos réus, antes de serem lançados às chamas. A morte natural ocorria no Pelourinho, onde o réu deveria ser enforcado e depois retirado para ser sepultado. Semelhantemente, na morte natural para sempre o réu era executado na forca, porém, lá deveria permanecer até que seu corpo caísse podre, sendo os seus restos levados à sepultura apenas ao primeiro dia de Novembro (ESTEFAM, 2010, p. 65).

As Ordenações Filipinas trouxeram, em seu Livro V, cento e quarenta e três títulos para tratar das mais diversas figuras criminosas, dentre as quais pode-se encontrar, a título exemplificativo, a proibição de os homens se vestirem como mulheres e de mulheres se vestirem como homens, conforme o contido no Título XXXIV (Anexo A) da referida Ordenação, sob pena de serem açoitados publicamente, se fossem peões, e, sendo mulheres, exiladas por três anos em Castro-Marim, devendo, ainda, quem cometesse tal “delito” pagar dois mil réis ao seu acusador.

Frise-se, ainda, a prolixidade das Ordenações Filipinas, cujas definições dos crimes, vezes ultrapassavam duas ou três páginas. Tal fato dava margem para interpretações diversas, o que facilitava aos órgãos de acusação e dificultava ao réu e ao seu defensor. Os textos esparsos dentro da própria Ordenação sobre uma mesma matéria e os inúmeros parágrafos igualmente ratificam essa característica. A isso some-se o fato de que o juiz, em alguns casos, tinha ampla liberdade para eleger a pena que julgava devidamente adequada para ser infligida ao réu. É o que se depreende do Título VII (Anexo B), Livro V do Código Filipino. As disposições processuais penais encontravam-se inseridas nos dispositivos que disciplinavam a matéria penal propriamente dita, revelando o caráter imanentista presente à época, valendo-se como exemplos os Títulos CXVII (Anexo C), CXXII (Anexo D), CXXIV (Anexo E) do aludido diploma normativo, ao contrário do que hoje ocorre, onde uma lei específica é destinada a regular o Processo Penal, que é a maneira pela qual o Direito Penal se realiza. Inexistia, outrossim, uma parte geral que disciplinasse os aspectos que hoje se conhecem como as atenuantes, agravantes, tentativa, erro de direito, excludentes de antijuridicidade, etc (LUTHOLD, 2013).

Na trilha desse raciocínio, havia privilégios concedidos em razão da classe social do acusado. Fidalgos, Infantes, Duques, Mestres, Marqueses, Condes, Juízes, Vereadores, Desembargadores, enfim, a elitizada nobreza da época estava imune às penas vis, como o açoite, o exílio e a pena de morte, conforme dispunha o Título CXXXVIII (Anexo F), Livro V, da sobredita Ordenação. A exceção a essa regra se dava no tocante aos crimes de Lesa-majestade, sodomia, testemunho falso, moeda falsa, furto, feitiçaria, e alguns poucos mais, a cujas condenações não deixavam de ser aplicadas nem mesmo os aristocratas acima citados. Ciganos, Armênios, Árabes e Persas eram discriminados, não podendo sequer entrar no Reino e nas colônias de Portugal, incorrendo na penalidade de serem açoitados com baraço e pregão, como preceituava o Título LXIX (Anexo G), do Livro V, das Ordenações Filipinas. É mister evidenciar que no dito diploma, já havia a figura da delação premiada, conforme se revela no título CXVI (Anexo H), perdoando-se aquele que, sendo participante ou não dos crimes elencados no referido Título, entregasse à prisão os demais "malfeitores". Eram, também, imprescritíveis as condutas delitivas praticadas à época. Já a existência de indícios como meio de prova encontrava-se presente em alguns casos específicos, ora ganhando maior relevância, ora menor, a critério do julgador. A ação penal era compulsória, sendo exercida pelos Procuradores da coroa que, tempos após, tornaram-se promotores de justiça (LUTHOLD, 2013).

Quanto à densidade normativa contida no Livro V das Ordenações Filipinas, aduz-se que não tiveram grande eficácia no Brasil em decorrência do sistema feudal estabelecido através das capitâneas, cujos capitães donatários se revelavam verdadeiros senhores feudais que ditavam as regras válidas em seu território. Nesse sentido vaticina Cezar Roberto Bitencourt:

Pode-se afirmar, sem exagero, que se instalou tardiamente um regime jurídico despótico, sustentado em um neofeudalismo luso-brasileiro, com pequenos senhores, independentes entre si, e que, distantes do poder da Coroa, possuíam um ilimitado poder de julgar e administrar os seus interesses. De certa forma, essa fase colonial brasileira reviveu os períodos mais obscuros, violentos e cruéis da História da Humanidade, vividos em outros continentes. (BITENCOURT, 2008, p. 45-46)

3.O CÓDIGO PENAL DE 1830 (O CÓDIGO PENAL DO IMPÉRIO)

No que se refere à primeira legislação penal vigente no Brasil após obter a condição de país independente, em 1830 foi editado e publicado o Código Criminal do Império, que foi portanto a primeira legislação propriamente desenvolvida no Brasil pós-independência, tendo em vista que anteriormente vigorava no país as Ordenações Filipinas, que teriam sido colocadas em vigor no início do século XVII, 1603. Quando o Brasil se tornou independente, ainda as Ordenações Filipinas ficaram em torno de 7 anos em vigor, porém, em dezembro de 1830, finalmente então estava completa a primeira legislação penal, legislação essa que teve características que necessitam ser registradas e que podem ter análises subjetivas, sendo essas positivas ou negativas. (LARA, 1999)

Primordialmente, tende-se à notar que o Código Criminal do Império teve uma relevante inclinação para as teorias Iluministas que estavam em vigor em outras nações, o Código, por exemplo, recepciona o princípio da legalidade, o princípio que explicita que não há crime sem lei que o defina e que não há pena sem prévia comunicação legal, inspirado na expressão Latina: "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", neste sentido, portanto, é algo bem melhor no sentido humanístico se comparado ao livro V das Ordenações Filipinas, contudo, alguns problemas existiam em relação à codificação e principalmente em relação à ordem jurídica da qual o código fazia parte. (LOPES, 2003)

Quando houve a Independência, a nobreza brasileira que surgiu, desvinculada então da Corte Portuguesa, e se constituiu na primeira elite nacional, a nobreza brasileira pretendia usar de sua influência para influir em uma constituição que instaurasse no Brasil aquilo que se chama de monarquia constitucionalista; à semelhança da coroa inglesa e do sistema existente na Inglaterra. Assim, foi instalada uma assembleia nacional constituinte no ano de 1823, e ela estava em andamento quando Dom Pedro I, constatando que iria perder parte dos poderes que desejava, ele dissolveu a assembleia nacional constituinte e outorgou a nação em 1824 em uma constituição que, naquele momento, exprimia uma configuração ao país de uma monarquia absolutista, portanto instaurou-se no Brasil com a constituição de 1824

um modelo de governo com três poderes: executivo, legislativo, judiciário e; acima desses três poderes tradicionais dos estados modernos; o poder moderador do imperador, portanto em última instância o imperador avocou para si a prerrogativa de interferir nos três outros poderes, em síntese, era ele que dava a última decisão em termos administrativos, era ele que eventualmente poderia alterar uma decisão judicial da Corte Suprema, era ele que em última instância poderia legislar acima do parlamento então criado, que tinha poderes limitados. (AZEVEDO, 1930). Consequentemente, a legislação que foi aprovada à época de caráter infraconstitucional padecia desse problema: não podia contrariar a vontade do rei, pois ele obtinha a prerrogativa de modificar o teor daquilo então aprovado pelo parlamento. (NEQUETE, 1973)

Segundamente, a transformação do país em um país independente e a proclamação da independência em si não acabou com o regime de escravidão, o modelo produtivo nacional, o modo de produção do Brasil recém-criado continua sendo baseado e fundamentado na mão de obra escrava, esta respeitante aos africanos que haviam sido levados à força, raptados e transportados da África ao território Brasileiro. Esta marca deplorável existente no passado infelizmente foi corroborada plenamente pela nova ordem jurídica instituída no Brasil, enquanto os vizinhos da América Latina ao proclamarem suas independências instituíam repúblicas baseadas no trabalho livre, no Brasil notavelmente houve uma inspiração direta do modelo português, tanto que Dom Pedro I residiu brevemente no Brasil e retornou à Portugal, inclusive assumindo o trono de Portugal, ele renunciou o trono Brasileiro, foi embora e deixou seu filho, afinal ele tinha interesse em assumir o trono em Portugal, lutando por seu direito na ordem de sucessão acabou por se tornar o Imperador de Portugal, sendo acometido por tuberculose posteriormente, porém o modelo que ele implantou no Brasil era correspondente ao de Portugal, que vigia antes da independência, portanto a escravidão acompanhava essa situação já desagradável do centralismo do poder na mão do imperador. (DANTAS, 2012)

À vista disso, o Código Criminal do Império não recepcionou a ideia do Brasil ter, no que concerne à previsão e aplicação das penas, um caráter humanístico, uma ideia de que as penas não devem ser cruéis e infamantes, tal qual afirmava Cesare Beccaria, e isso se constituiu numa espécie de plataforma de todos os governos pós-iluminismo, para as novas repúblicas que seguiam as influências da Revolução Francesa e Independência dos Estados Unidos; dois grandes marcos dessa alteração iluminista-política que aconteceu no mundo; as repúblicas que intentavam, de certa forma, seguir esse modelo, trabalhavam com a ideia de substituir a pena de morte pela pena privativa de liberdade. O Código Criminal do Império não chegou à manter a pena de morte como a pena principal; tal qual ocorria com as Ordenações Filipinas; porém manteve a pena de morte até certo grau, o que também é um marco negativo desta codificação, houve no Brasil o uso desta pena no primeiro período do Império

em uma escala razoavelmente significativa e, aos poucos, o próprio judiciário foi deixando paulatinamente de executar a aplicação da pena capital em território nacional, durante o segundo império, o reinado de Dom Pedro II, sendo a última execução de um homem livre para que se cumprisse a sentença penal condenatória; a pena de morte; no território brasileiro tendo ocorrido na década de 1860, inclusive cercada de erros judiciais que foram constatados posteriormente e isso culminou que definitivamente a pena de morte perdesse força, porém não no início, afinal havia a previsão legal e o uso da pena de morte para condenados, condenados livres e, de uma forma bastante significativa, para escravos, problema esse que talvez seja o maior dos já mencionados, o estatuto da escravidão recepcionado pela ordem jurídica torna, de certa forma, a ordem jurídica toda infame, afinal é quase que impossível superar esse contraste, essa contradição existente numa ordem jurídica na qual alguns têm direitos e outros são tratados de não como sujeitos detentores de direitos, mas sim como objetos descartáveis. Sendo assim, o marco mais negativo do Código Criminal do Império e de toda a ordem jurídica instalada no país a partir da Constituição de 1824 é este modelo de produção baseado na mão de obra escrava. (WEHLING, 2001)

Todavia, o Código Criminal do Império teve alguns aspectos em que ele recepcionou o Iluminismo, como mencionado, a ideia de que a lei deveria ser prevista, o juiz perdendo portanto aquele poder que costumavam ter os antigos juizes, de julgar de acordo com a condição social do processado. O Código Criminal do Império vigorou, sofreu alterações e com o tempo foi sendo abrandado, aos poucos os ventos iluministas foram afetando de forma relevante a legislação brasileira e, quando houve a proclamação da República, ocorrido em 1889, 15 de novembro, qual já existia uma ideia ou um esboço de pensamento que talvez fosse necessário uma nova legislação, tendo isso em vista, nota-se que logo quando a República foi proclamada já houve condições de se pôr em vigor o Código Penal da República, que, deste ponto em diante em definitivo, faz a passagem do sistema penal do antigo regime para o sistema penal da era moderna, notando-se que o código penal republicano é desenhado e editado antes da própria constituição republicana, pois essa codificação penal já estava, de certa forma, sendo elaborada ao cabo dos últimos anos da manutenção da monarquia. (AUFDERHEIDE, 1976)

Deve-se considerar que Dom Pedro II, diferentemente de Dom Pedro I, era um homem aberto ao debate e à pluralidade de ideias, um homem culto que procurava se instruir e, da sua forma, possuía sensibilidade, embora obviamente fosse um rei, um monarca, entretanto mesmo sendo, em teoria, uma monarquia absoluta, ele governou de forma distinta em relação aos arroubos de Dom Pedro I, sendo este marcado pelo pouco tempo na regência e pela forma de governar, com grande concentração de poder, já Dom Pedro II fez um longo reinado, no centro do poder desde sua juventude, posteriormente chegando à uma idade avançada, sendo assim,

durante todo esse período ele foi matizando a estrutura de organização do poder no Brasil, mantendo a integridade territorial, sendo essa uma das grandes conquistas de seu governo, afinal não houve fracionamento no espaço português, diferentemente de como aconteceu onde havia ocupação da Espanha, que os países foram criados fragmentando o antigo território colonial Espanhol, no Brasil ocorreu de forma diferente e muito decorre disso, da capacidade que tinha Dom Pedro II de dialogar, isso também se refletiu de alguma forma na feitura de leis e na maneira de se aplicar as leis que, de alguma forma, foi grande influenciador na trazida do país para uma concepção de direito penal da qual tenha alguma vinculação com as ideias humanísticas, iluministas, democráticas que teriam sido forjadas no século anterior pela Revolução Francesa e pela Independência dos Estados Unidos. (ARAÚJO, 1910)

4. O CÓDIGO PENAL DE 1890 (O CÓDIGO PENAL DA REÚBLICA)

As seguintes palavras de Cezar Roberto Bitencourt resumem o retrógrado Código da Primeira República:

Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história; ignorou completamente “os notáveis avanços doutrinários que então se faziam sentir, em consequência do movimento positivista, bem como o exemplo de códigos estrangeiros mais recentes, especialmente o Código Zanardelli. O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo”. As críticas não se fizeram esperar e vieram acompanhadas de novos estudos objetivando sua substituição. (BITENCOURT, 2008, p.47)

Sabe-se que no dia 15 de novembro de 1889 foi proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil, sendo que no ano de 1888 foi decretada a abolição da escravidão, assim diante destes fatos importantes, podemos ressaltar que ocorrem grandes impactos na legislação penal, ocasionando uma necessidade de criação de um novo Código. O Código Republicano deferiu aos crimes cometidos penas de prisão, banimento, interdição ou suspensão de direitos, perda de emprego público e multa (BATISTA, 2001), além de que, com a nova Constituição de 1891 aboliu-se a pena de morte, o banimento judicial e a de galés.

Durante o Governo Provisório de Deodoro, e com o ilustre Ministro da Justiça, Campos Sales, delegou-se ao mestre João Baptista a missão de elaborar um novo código em tempo recorde de três meses, assim após a prontidão do Código o mesmo teve a sua vigência através do Decreto n°. 774 de 20.09.1890. Pode-se, por conseguinte, destacar que este Código apresentou as ideias da Escola Clássica, pois

esta estava em seu auge, fato este que acolheu vários adeptos dentre os renomados juristas da época, mas que não deixaram de criticar este Código por estar eivado de erros, e quando observaram a abrangência desses erros vieram pois as promulgações das diversas legislações extravagantes. Porém, com a diversidade de normas criadas e pelo difícil manuseio estas legislações necessitavam que fossem reunidas em um só documento, diante a este fato foi designado o Desembargador Vicente Piragibe para consolidar as leis, resultando no Decreto n°. 22.213 de 14.12.1932, denominado de "Consolidação das Leis de Piragibe". O Decreto era composto por quatro livros, e foi considerado o modelo precário do Estatuto Penal Brasileiro, o qual posteriormente foi revogado pelo atual Código Penal Brasileiro (GOMES, 2006), nesse ínterim, não obstante, foram inúmeras as tentativas de se criar um novo Código Penal, a exemplo o projeto de João Vieira de Araújo, em 1893; o de Galdino Siqueira, em 1913; Virgílio Sá Pereira, em 1928. Entretanto, a conjuntura vivida no momento não permitiu o êxito dessa empreitada haja vista que a Revolução de 1930 que levou Vargas ao poder e a instituição do Estado Novo em 1937 colaboraram para a procrastinação da reforma penal.

5. CÓDIGO PENAL DE 1940

Observando o período conturbado sob o qual o Código Republicano teve vigência e as tentativas de reforma deste, estabelecendo-se as Leis Penais de Piragibe, as quais claramente necessitavam de uma manutenção formal e que condissesse com o período pelo qual o território brasileiro passava, o Código Penal de 1940 foi estabelecido.

Depois de 3 tentativas de estabelecimento de um Código Penal que substituísse o Código de 1891, José de Alcântara Machado, penalista renomado do estado de São Paulo, elaborou o projeto de um novo Código Criminal, em 1937, a pedido do governo, o qual estava no período denominado "Estado Novo", de Getúlio Vargas.

Durante o Estado Novo, o Brasil passava por um período social e político conturbado, havia entrado na 2ª Guerra Mundial e, com a justificativa de estado de guerra, diversos direitos fundamentais haviam sido suspensos. E em meio a esse cenário, o Código Penal, por sua vez, foi analisado e promulgado através do Decreto 2.848 de 7 de dezembro de 1940, passando a vigorar apenas em 1942. O Código foi inspirado no Código Penal Italiano, embora tenha sofrido adaptações pela comissão avaliadora, composta por Narcélio de Queiroz, Nelson Hungria, Vieira Braga e Roberto Lyra, uma vez que a Itália possuía uma legislação baseada em ideais fascistas e o próprio governante, na época, Vargas, era simpatizante de ideais fascistas.

O Código Penal atual, apesar de várias modificações, ainda é muito criticado pela desatualização e pela falta de sistematização em suas reformas, deixando-o com aspecto desorganizado, na opinião de alguns críticos. Com relação às características próprias da legislação, Nucci afirma:

De todo modo, o atual Código tem natureza eclética, adotando preceitos da escola clássica e outros da escola positiva. Após a reforma de 1984, o Estatuto continuou pragmático, acolhendo postulados finalistas, mas mantendo-se fiel ao causalismo. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2019, p. 150)

Ao longo de sua vigência, ocorreram dois relevantes ajustes no Código Penal de 1940. Dentre eles, cita-se a Lei 6.416, datada do dia 24 de maio de 1977, a qual altera dispositivos do Código, como os regimes de pena semi-abertos e abertos. O conhecido Projeto Néelson Hungria, de 1963, que pretendia substituir o Código Penal de 1940, devidamente revisado, foi promulgado pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, retificado pela Lei n. 6.016/73 (BITENCOURT, 2020).

Já em 1984, próximo ao fim do regime militar no Brasil, foi promulgada a Lei 7.209, em 11 de julho. Essa, por sua vez, modifica toda a parte geral do Código Penal de 1940. Incluindo sistemas alternativos de punição, humanizando sanções. Entretanto, essa reforma segue não tendo totalmente o efeito esperado com a sua reformulação, uma vez que o sistema penitenciário brasileiro ainda é muito precário, devido à falta de interesse dos governantes em melhorá-lo. O modelo de penas alternativas, apesar de muito bem elaborado, não é devidamente aplicado na realidade, posto que não foi institucionalizado um sistema que operacionalizasse apropriadamente essas políticas.

6.O PROJETO DE LEI DO SENADO N°. 236 DE 2012:

O Projeto n°. 236/2012 é fruto do trabalho, iniciado pelo Senador Pedro Taques, de uma comissão integrada por dezesseis juristas, capitaneada pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Gilson Dipp, e teve como relator Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Procurador Regional da República. Os objetivos divulgados por essa comissão foram: estabelecer nova leitura do Código Penal à luz da Constituição; consolidar inúmeras leis esparsas (mais de 120), com simplificação do sistema e redução dos tipos penais, o objetivo é alcançar maior proporcionalidade das penas e diminuir a insegurança jurídica; descriminalização de condutas com menor ofensividade; busca de formas não prisionais de sanção penal; abordagem da criminalidade contemporânea, especialmente a organizada.

Comparando o texto atual do PLS n°. 236/2012 com o Código Penal vigente, é possível apontar várias mudanças importantes que o projeto propõe para a

legislação criminal brasileira. Dentre as quais tem-se: maior rigor na punição de crimes contra a vida, a pena por homicídio, por exemplo, vai de 6 anos no Código Penal atual para 8 anos no PLS; ampliação do rol de crimes hediondos para incluir, além dos já previstos, também tortura, trabalho escravo, racismo, crimes contra a humanidade e terrorismo; autorização do aborto, até a 12ª semana de gravidez, mediante laudo de médico ou psicólogo atestando que a mulher não tem condições psicológicas de levar adiante a gravidez; regulação da ortotanásia e previsão de hipóteses de perdão judicial para a eutanásia; enrijecimento das penalidades para o tráfico de drogas, mas descriminalização de algumas práticas relativas ao usuário, como semeio, cultivo e colheita de plantas destinadas à produção de drogas para uso pessoal; criação de um capítulo específico para tratar de crimes cibernéticos, inclui, por exemplo, roubo de senhas; maior rigor no tratamento de maus tratos aos animais; tipificação da conduta de discriminação por gênero, identidade de gênero, procedência regional e orientação sexual; separação dos crimes de estupro de outras condutas de ordem sexual, criam-se, assim, os crimes de “molestamento sexual” com pena de 2 a 6 anos, e os crimes de “manipulação e introdução sexual de objetos” com pena de 6 a 10 anos (BRASIL, 2012).

CONCLUSÃO

Em face a todo o exposto, nota-se clarificado que a produção de um Código Penal em qualquer tempo ou circunstância é de extrema complexidade, demandando tempo e pessoas com grau excepcional de saber jurídico. Obstantemente, emergem paradigmas sobre a melhor forma de ser um Código dessa natureza: prolixo ou conciso, punitivista ou humanitário, conservador ou liberal. Destarte, compreende-se pela análise histórica que o Brasil já experimentou essas diferentes faces de um Código Penal, entretanto, ainda assim, faz-se mister o debate e a provação de um novo Código em prol de que este esteja em concomitância e consistência com a Constituição Cidadã promulgada em 1988.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, João Vieira de. **Nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830**, ante-projecto (1889) (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910).

AUFDERHEIDE, Patricia Ann. **Order and violence: social deviance and social control in Brazil, 1780-1840**. Tese de doutorado apresentada à Universidade de Minnesota, 1976.

AZEVEDO, Vicente Alves de. **“O Código Criminal do Império – apreciação histórica e**

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Volume 1. 26ª edição. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BRASIL. CÓDIGO PENAL DE 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, dez 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. DECRETO N°. 22.213, DE 14 DE DEZEMBRO DE 1932. **Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe**. Rio de Janeiro, RJ, dez 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI N°. 1.004, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. **Código Penal**. Brasília, DF, out 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. LEI N°. 6.416, DE 24 DE MAIO DE 1977. **Altera dispositivos do Código Penal (Decreto-lei número 2.848, de 7 de dezembro de 1940), do Código de Processo Penal (Decreto-lei número 3.689, de 3 de outubro de 1941), da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei número 3.688, de 3 de outubro de 1941), e dá outras providências**. Brasília, DF, mai 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6416.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. LEI N°. 7.209, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências**. Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n°. 236, de 2012. **Altera a Lei n°. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 em sua integridade**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1594009208566&disposition=inline>. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRAZIL. CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO DO BRAZIL DE 1830. **Manda executar o código criminal**. Rio de Janeiro, RJ, dez 1830. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRAZIL. CÓDIGO PENAL DOS ESTADOS UNIDOS DO BRAZIL DE 1890. **Promulga o Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, out 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRAZIL. DECRETO N°. 774, DE 20 DE SETEMBRO DE 1890. **Declara abolida a pena de galés, reduz a 30 anos as penas perpétuas, manda computar a prisão preventiva na execução, e estabelece a prescrição das penas**. Rio de Janeiro, RJ, set 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-774-20-setembro-1890-517659-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 29 nov. 2020.

CÓDIGO SEBASTIÂNICO. **Portugal**. 1569. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18063>. Acesso em: 01 dez. 2020.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. **A história do direito penal brasileiro**. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/download/410/367>. Acesso em: 24 nov. 2020.

DANTAS, Monica Duarte. **“Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX”**. São Paulo: Alameda Editorial, 2012

DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**. Paris, 1896.

ESTEFAM, André. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2010. V.1.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

jurídica.” In: Pandectas Brasileiras: registro de doutrina, jurisprudência dos tribunais e

LARA, Silvia Hunold. **Ordenações Filipinas, Livro V**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

legislação; Rio de Janeiro. 1930.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **“Iluminismo e jusnaturalismo no ideário dos juristas da primeira metade do século XIX”**. In: István Jancsó, Brasil: formação do Estado e da nação, São Paulo: Hucitec: Fapesp: Unijui, 2003.

LUTHOLD, Pedro Henrique. **Uma breve história do direito penal positivo brasileiro e o PLS nº. 236/2012.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/uma-breve-historia-do-direito-penal-positivo-brasileiro-e-o-pls-n-236-2012/amp/>. Acesso em: 24 nov. 2020.

MATZEMBACHER, Alanis. **Uma passagem pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.** Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/ordenacoes-afonsinas-manuelinas-e-filipinas/amp/>. Acesso em: 01 dez. 2020.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência.** Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1973.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** Volume 1. 3ª edição. São Paulo: GEN, 2019.

ORDENAÇÕES AFONSINAS. **Portugal.** 1446. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20280>. Acesso em: 29 nov. 2020.

ORDENAÇÕES FILIPINAS. **Portugal.** 1603. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242733/000010186_05.pdf?sequence=33&isAllowed=y. Acesso em: 29 nov. 2020.

ORDENAÇÕES MANUELINAS. **Portugal.** 1513. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/17841>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SAJADV. **Código penal: as principais mudanças propostas pelo PLS 236/2012.** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/codigo-penal/amp/>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SANTIAGO, Emerson. **Ordenações Afonsinas.** Disponível em: <https://www.infoescola.com/direito/ordenacoes-afonsinas/amp/>. Acesso em: 01 dez. 2020.

VAZ, Franciana. **Características e evolução histórica do direito penal brasileiro.** Disponível em: <https://francianavaz.jusbrasil.com.br/artigos/514173876/caracteristicas-e-evolucao-historica-do-direito-penal-brasileiro>. Acesso em: 24 nov. 2020.

WEHLING, Arno. **O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)** em WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

A EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO DE ADVOGADO NO QUADRO DE PESSOAL DOS CONSELHOS FEDERAIS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE

JULIANA BARRETO DE CARVALHO AMORIM:
Advogada. Especialista em Direito Público e em Ciências Penais.

RESUMO: O presente trabalho pretende apresentar uma incipiente análise a respeito dos aspectos jurídicos relativos à contratação de advogados pelos conselhos de fiscalização profissional, os quais são considerados autarquias *sui generis*, com personalidade de direito público, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Para tanto, serão apresentados os entendimentos da Suprema Corte acerca da categorização de tais entidades, bem como qual o regime jurídico de pessoal a ser por elas adotado. Nessa senda, discutir-se-á acerca da necessidade de realização de concurso público pra a contratação de pessoal nessas entidades. Também será apresentado o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, enfatizando-se as discussões acerca da contratação de pessoal advogado e/ou assessor jurídico. Desse modo, serão explicitadas as razões jurídicas pelas quais a contratação de advogado pelos conselhos profissionais deve ser precedida de concurso público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Concurso Público. Conselhos Profissionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da Natureza Jurídica dos Conselhos Federais de Fiscalização Profissional. 3. Da Exigência Constitucional de Realização de Concurso Público pelos Conselhos. 4. Da Recente Definição do Regime Jurídico de Pessoal dos Conselhos Profissionais pelo STF. 5. Do “Emprego em Comissão” nos Conselhos de Fiscalização Profissional. 6. Dos Limites constitucionais à Contratação por Comissionamento de Advogado para o Exercício de Funções Típicas e Permanentes no Âmbito dos Conselhos Profissionais. 7. Do Posicionamento do TCU Acerca da Matéria. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 37, notadamente no inciso II, consagra a exigência da realização de concurso público para o preenchimento de cargos e empregos públicos na Administração Pública como um dos eixos estruturantes da moralidade e da impessoalidade na Administração. Nessa senda, estabelece que a excepcionalidade ao concurso público pode se efetivar apenas quando da contratação de pessoal para o preenchimento de

funções temporárias de excepcional interesse público, assim como nos casos de preenchimentos de cargos comissionados.

Os conselhos de fiscalização profissional se apresentam como entidades que realizam atividade típica de Estado, qual seja, a fiscalização da atividade profissional, que inclui o exercício dos poderes disciplinar e de polícia, bem como a cobrança e a execução judicial das contribuições de seus membros. Ao disciplinar tais órgãos, a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, estabeleceu que deveria ser atribuída personalidade jurídica de direito privado a tais entidades, preenchendo uma lacuna deixada pela Constituição Federal de 1988, que não trouxe qualquer dispositivo acerca da natureza e do regime jurídico dos conselhos profissionais. Entretanto, a jurisprudência da Suprema Corte, considerando o caráter público das atividades desempenhadas por essas instituições, definiu que os conselhos profissionais são possuidores de personalidade de direito público. Ainda, por não integrarem a estrutura orgânica da Administração Pública e por desenvolverem atividades que não podem ser delegadas ao particular, tais entidades foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como autarquias *sui generis*.

Nesse diapasão, exsurge o debate acerca do regime jurídico a ser adotado quando da contratação de pessoal pelos conselhos profissionais, superado por recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que pacificou a celeuma no sentido da aplicabilidade do regime celetista ao quadro de pessoal desses órgãos, por meio do julgamento conjunto da ADC 36, ajuizada pelo Partido da República, da ADI 5367 e da ADPF 367, ambas propostas pela Procuradoria-Geral da República.

Sob tal perspectiva, considerando a exigência constitucional do concurso público e a aplicabilidade do regime celetista ao pessoal contratado pelos conselhos de fiscalização profissional, faz-se necessária a discussão acerca dos limites impostos à contratação por comissionamento nessas entidades, precipuamente no que diz respeito à limitação da contratação por comissionamento de advogado para o exercício de atribuições técnicas e permanentes da área jurídica.

Desta feita, pretende-se analisar, neste arrazoado, com acurácia, a aplicabilidade da exigência constitucional de concurso público às contratações de advogados pelos conselhos de fiscalização profissional.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONSELHOS FEDERAIS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

Os conselhos de fiscalização das atividades profissionais são entidades destinadas a realizar o controle e a fiscalização das profissões regulamentadas. Nesse contexto, tais conselhos regulamentam a atividade profissional, bem como fiscalizam

o exercício das profissões a fim de garantir que o serviço seja prestado à sociedade com ética, eficiência e legitimidade.

Acerca da conceituação dos conselhos profissionais, é pertinente trazer a lume as lições de Odete Medauar¹⁵⁰:

Trata-se de organismos destinados, em princípio, a “administrar” o exercício de profissões regulamentadas por lei federal. São geridos por profissionais da área, eleitos por seus pares. De regra, têm estrutura federativa, com um órgão de nível nacional e órgãos de nível estadual. As leis que regulamentam profissões e criam ordens ou conselhos transferem-lhes competência para exercera fiscalização do respectivo exercício profissional e o poder disciplinar. A chamada polícia das profissões, que originariamente caberia ao poder público, é, assim, delegada às ordens profissionais que, nessa matéria, exercem atribuições típicas do poder público.”

É cediço que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não previu de forma explícita a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional. Entretanto, o artigo 58 da Lei nº 9.649/98 definiu os conselhos profissionais, com exceção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), como entidades de direito privado por delegação do poder público, mediante autorização legislativa:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão exercidos em caráter privado, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do conselho federal da respectiva profissão, garantindo-se que na composição deste estejam representados todos seus conselhos regionais. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, dotados de personalidade jurídica de direito privado, não manterão com os órgãos da Administração

¹⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 108.

Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 3º Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são autorizados a fixar, cobrar e executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas e jurídicas, bem como preços de serviços e multas, que constituirão receitas próprias, considerando-se título executivo extrajudicial a certidão relativa aos créditos decorrentes. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 5º O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão, e estes aos conselhos regionais. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, por constituírem serviço público, gozam de imunidade tributária total em relação aos seus bens, rendas e serviços. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 7º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas promoverão, até 30 de junho de 1998, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 8º Compete à Justiça Federal a apreciação das controvérsias que envolvam os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, quando no exercício dos serviços a eles delegados, conforme disposto no caput. (Vide ADIN nº 1.717-6)

§ 9º O disposto neste artigo não se aplica à entidade de que trata a Lei no 8.906, de 4 de julho de 1994.

Todavia, após intenso debate doutrinário e jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADI 1717, consignou que a fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada. Assim, o STF pacificou o entendimento no sentido do caráter público da atividade desempenhada pelos conselhos profissionais:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9649, DE 27/05/1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS.

1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos parágrafos 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58.

2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados.

3. Decisão unânime.

(STF. ADI 1.717-6/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. Data de Julgamento: 07/11/2002)

A partir das lições esposadas no julgado supramencionado, infere-se a natureza autárquica dos conselhos profissionais pelo caráter público da atividade por eles desenvolvida. Percebe-se, ainda, da análise do julgado, que foi declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, que atribuíam personalidade jurídica de direito privado aos conselhos profissionais.

Desse modo, considerando a Teoria Moderna do Direito Administrativo e a sólida jurisprudência pátria, é possível afirmar que os conselhos de fiscalização da atividade profissional são considerados autarquias, sendo classificados como

peças jurídicas de direito público. Nesse sentido encontra-se a jurisprudência do STF:

Mandado de Segurança.

- Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais, sujeitas a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.

- Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa.

Mandado de Segurança indeferido.

(STF. MS 22.643-9/SC. Tribunal Pleno. Min. Moreira Alves. Data de julgamento: 06/08/1998)

Por oportuno, é pertinente ressaltar que o anteprojeto da nova lei orgânica da Administração Pública reconhece a personalidade de direito público dos conselhos de fiscalização profissional, embora não atribua natureza autárquica a tais entidades, reservando a elas o caráter de entidades paraestatais.

Acerca da matéria, cumpre consignar as valiosas lições do Ministro Alexandre de Moraes, ao explicitar a natureza de autarquia *sui generis* dos conselhos de fiscalização profissional, no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 36, da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5367 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 367, ocorrido em 04 de setembro de 2020:

Os Conselhos profissionais gozam de ampla autonomia e independência; eles não estão submetidos ao controle institucional, político, administrativo de um ministério ou da Presidência da República, ou seja, eles não estão na estrutura orgânica do Estado. Seus recursos financeiros não estão previstos, como salientou o Ministro Marco Aurélio, na lei orçamentária. Eles não têm e não recebem ingerência do Estado nos aspectos mais relevantes da sua estrutura – indicação de seus dirigentes, aprovação e fiscalização da sua própria programação financeira ou mesmo a existência, podemos chamar, de um orçamento interno. Eles não se

submetem, como todos os demais órgãos do Estado, à aprovação de sua programação orçamentária, mediante lei orçamentária, pelo Congresso Nacional. Não há nenhuma ingerência na fixação de despesas de pessoal e de administração.

Os recursos dessas entidades são provenientes de contribuições parafiscais pagas pela respectiva categoria. Não são destinados recursos orçamentários da União, suas despesas, como disse, não são fixadas pela lei orçamentária anual. Há, então, essa natureza *sui generis*, que, por mais que se encaixe, como fez o Supremo Tribunal Federal, anteriormente, na categoria de autarquia, seria uma autarquia *sui generis*, o que não é novidade no sistema administrativo brasileiro: as agências reguladoras também foram reconhecidas como autarquias *sui generis*. Aqui, no caso dos Conselhos profissionais, teríamos uma espécie mais híbrida ainda.

Nesse contexto, é certo que os conselhos de fiscalização profissional não integram a estrutura orgânica da Administração Pública, todavia devem observar as regras que conduzem o funcionamento dos órgãos e entidades que exercem a função administrativa de Estado, uma vez que possuem personalidade jurídica de direito público.

Assim, por desenvolverem atividade típica de Estado e por possuírem personalidade jurídica de direito público, os princípios e as normas constitucionais que regem a atuação da Administração Pública devem pautar a atuação dos conselhos de fiscalização profissional, notadamente as exigências de espectro constitucional consubstanciadas na obrigatoriedade de licitar e de realizar concurso público.

3 DA EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO PELOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

Considerando o caráter jurídico de autarquia *sui generis* dos conselhos de fiscalização profissional, que são criados por lei e possuem personalidade jurídica de direito público, exercendo uma atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, há de se concluir pela obrigatoriedade da aplicação da regra prevista no artigo 37, II, da CF, que estabelece a exigência de concurso público para o provimento de cargos e/ou empregos públicos.

Assim, tais órgãos devem atuar em consonância com os princípios constitucionais, inclusive quanto à necessidade de concurso público para provimento de seu quadro de pessoal. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. EXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. ART. 37, II, DA CF. NATUREZA JURÍDICA. AUTARQUIA. FISCALIZAÇÃO. ATIVIDADE TÍPICA DE ESTADO.

1. Os conselhos de fiscalização profissional, posto autarquias criadas por lei e ostentando personalidade jurídica de direito público, exercendo atividade tipicamente pública, qual seja, a fiscalização do exercício profissional, submetem-se às regras encartadas no artigo 37, inciso II, da CB/88, quando da contratação de servidores.

2. Os conselhos de fiscalização profissional têm natureza jurídica de autarquias, consoante decidido no MS 22.643, ocasião na qual restou consignado que: (i) estas entidades são criadas por lei, tendo personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira; (ii) exercem a atividade de fiscalização de exercício profissional que, como decorre do disposto nos artigos 5º, XIII, 21, XXIV, é atividade tipicamente pública; (iii) têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas da União.

3. A fiscalização das profissões, por se tratar de uma atividade típica de Estado, que abrange o poder de polícia, de tributar e de punir, não pode ser delegada (ADI 1.717), excetuando-se a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 3.026).

(STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 539.224/CE. Rel. Min. Luiz Fux. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data de Publicação: 18/06/2012. Grifos nossos.)

Necessário se faz registrar que, desde o julgamento pelo Tribunal Pleno do STF da Medida Cautelar na ADI 1717/DF, cujo acórdão foi publicado no dia 25/02/2000, inexistente divergência quanto à natureza autárquica dos conselhos profissionais, estando o ingresso de seus servidores condicionados à aprovação em concurso público de provas e títulos.

Cumprе ressaltar que a inobservância da exigência de concurso público no ato de contratação de seus servidores pode implicar, inclusive, a nulidade do ato e a aplicação de sanção à autoridade responsável, em conformidade com o disposto na Lei de Improbidade Administrativa. Sobre a temática, importar registrar ensinamento de Emerson Garcia¹⁵¹: “[...] o preceito constitucional deve ser integrado com a Lei 8.429/92, sujeitando o agente, da administração direta ou indireta, à tipologia estatuída no art. 11, *caput*, deste diploma legal, sempre que realizar contratações para o preenchimento de cargos que exigem a aprovação prévia em concurso público, sem a sua realização.”

Desta feita, devem ser observados os preceitos constitucionais pelos conselhos profissionais quando da implementação de sua estrutura de pessoal, observando-se o que determina o artigo 37, II, da CF/88. Sendo assim, resta claro que, para a efetivação da contratação de servidores, os Conselhos de Fiscalização Profissional devem obediência ao que determina a Constituição Federal acerca do concurso público. Assim se posiciona a jurisprudência pátria recente:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. *CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL*. ADMISSÃO DE PESSOAL SEM *CONCURSO PÚBLICO*. NULIDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.717. EFEITOS EX TUNC. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(STF. RE 1193345 ED-AgR/SP. Órgão Julgador: Primeira Turma. Rel.: Min. Luiz Fux. Data de publicação: 05/12/2019.)

Outrossim, sabe-se que os Conselhos Profissionais organizam sua estrutura e funcionamento por intermédio de Resoluções e Decisões de Plenária e atos administrativos internos. Nessa senda, os atos administrativos normativos internos voltados à organização da estrutura de pessoal do órgão devem estar pautados na ordem constitucional vigente, não podendo tais instrumentos normativos serem utilizados para regulamentar situações inconstitucionais, a exemplo de contratações por terceirização ou comissionamento não permitidas pela ordem jurídica vigente.

4 DA RECENTE DEFINIÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE PESSOAL DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS PELO STF

Durante longos anos foram estabelecidas discussões emblemáticas acerca do regime jurídico de pessoal a ser adotado pelos conselhos profissionais. Corroborando tais divergências, foram protocoladas no STF a Ação Declaratória de

¹⁵¹ GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 504.

Constitucionalidade (ADC) 36, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5367 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 367, todas versando sobre a matéria.

Diante de tal moldura fático-jurídica, no último dia 04 de setembro, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual, considerou constitucional a contratação de pessoal sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) em conselhos profissionais, por meio do julgamento conjunto das ações supramencionadas, declarando a constitucionalidade do artigo 58, parágrafo 3º, da Lei 9.649/1998, que prevê que os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista e veda qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da administração pública direta ou indireta.

Assim, salvo novo entendimento em sentido diverso, não restam mais dúvidas acerca da aplicabilidade do regime celetista ao pessoal dos conselhos profissionais.

5 DO “EMPREGO EM COMISSÃO” NOS CONSELHOS DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

De acordo com o texto constitucional, a contratação sem concurso público deve se destinar apenas a mitigar deficiência de pessoal ou necessidade temporária do órgão, ou ser utilizada para o exercício de atividade exclusiva de direção, chefia ou assessoramento, ou seja, pode ser caracterizada como contratação administrativa temporária ou como contratação por comissionamento.

Nessas hipóteses, a Constituição Federal estabelece a possibilidade de criação de cargos comissionados e de funções públicas temporárias, previstas, respectivamente, no artigo 37, II e V, e IX.

No caso das contratações por comissionamento, o artigo 37, incisos II e V, da CF, preleciona que as atribuições de tais cargos devem se restringir apenas às atividades de chefia, direção e assessoramento. Para a caracterização e possibilidade de existência de cargo comissionado, torna-se imprescindível a definição, de forma clara, de suas atribuições, consubstanciadas, fundamentalmente, em funções de direção, chefia e assessoramento superior.

Assim, importa destacar que o texto constitucional é claro ao asseverar que os cargos comissionados devem ser criados por lei, com atribuições claras e precisas, para as funções exclusivas de direção, chefia e assessoramento. Nesse sentido encontra-se recente jurisprudência do STF, na qual foi fixada a seguinte tese de repercussão geral, publicada em 22 de maio de 2019:

Criação de cargos em comissão. Requisitos estabelecidos pela Constituição Federal. Estrita observância para que se legitime o regime excepcional de livre nomeação e exoneração. Repercussão geral reconhecida. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. A criação de cargos em comissão é exceção à regra de ingresso no serviço público mediante concurso público de provas e títulos e somente se justifica quando presentes os pressupostos constitucionais para sua instituição.

2. Consoante a jurisprudência da Corte, a criação de cargos em comissão pressupõe: a) que os cargos se destinem ao exercício de funções de direção, chefia ou assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; b) necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) que o número de cargos comissionados criados guarde proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os institui; e d) que as atribuições dos cargos em comissão estejam descritas de forma clara e objetiva na própria lei que os cria.

3. Há repercussão geral da matéria constitucional aventada, ratificando-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

4. Fixada a seguinte tese: a) **A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;** b) tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; c) o número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; e d) **as atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir.**

(STF. RE 1041210. Plenário Virtual. Rel. Min. Dias Tofolli. Data de
Públicação: 22/05/2019. Grifos nossos.)

Em verdade, as atividades do cargo comissionado devem estar voltadas à chefia e direção de departamentos e setores e ao cumprimento e implementação das diretrizes do órgão, de acordo com a política de administração adotada pelos seus dirigentes. Além disso, devem ser destinadas ao assessoramento dos níveis hierárquicos administrativos mais altos no âmbito interno do órgão. Por tais razões, possuem como requisito indispensável a relação de confiança entre a autoridade nomeante e aquele que ocupará o cargo comissionado.

Nesse sentido, importa transcrever lições extraídas do parecer da Doutra Procuradoria-Geral da República no supracitado RE 1041210:

As atribuições dos cargos criados não cumprem os requisitos da categoria. **Os cargos em comissão, vocacionados a serem transitoriamente preenchidos por ocupante de confiança da autoridade nomeante, dirigem-se àquelas atividades inerentes à direção, à assessoria e à coordenação, na hierarquia administrativa dos órgãos, com vistas à concepção de programas de governo. Tais características devem decorrer logicamente da descrição de suas atribuições.**

Não obstante a utilização de vocábulos indutores dessa conclusão, as atividades descritas para os cargos impugnados nada têm de assessoramento, direção ou chefia. Revelam-se, antes, tipicamente de função técnica, operacional ou meramente burocrática. Tampouco demandam relação de confiança com a autoridade superior para o exercício das atividades ali propostas, por serem definíveis sobretudo como a execução em maior ou menor grau de programas normativos condicionais, e não finalísticos.

Os cargos intitulados de Assessor enunciam conjunto de atividades rotineiras técnicas ou burocráticas das diversas áreas administrativas. De seus conteúdos não se infere logicamente atribuição de comando ou direção da administração, vinculadas à necessária relação de confiança. Ao reverso, descrevem tarefas executivas de funções tipicamente organizadas em carreira do serviço público. A mera conjugação da execução de tarefas triviais com suposta direção não supre o requisito constitucional, que exige atribuições de efetivo estabelecimento de diretrizes, planejamento de ações com amplo espectro de

discricionariedade e tomada de decisões políticas. Já o assessoramento requer conhecimentos técnicos, no auxílio especializado à tomada de decisões dos chamados programas normativos finalísticos, em que se abrem grandes campos de avaliação e de opções discricionárias dos agentes públicos. Nada disso está presente aí. Preponderam, ao revés, atribuições de supervisão da aplicação de normas de mais variada natureza, ditadas pelo legislador ou pelos regulamentos editados em patamares mais elevados da administração pública e que, portanto, não se encontram à disposição dos servidores mencionados. Ao contrário, sujeitam-se eles aos termos de sua execução.

Nesse diapasão, observa-se a inviabilidade jurídica de implementação de cargos de comissão nos conselhos profissionais, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal, uma vez que não há, nessas entidades, criação de cargos por lei com atribuições claras e precisas de direção, chefia e assessoramento.

Há de se ressaltar que, nos conselhos profissionais, como afirmado em linhas anteriores, os Planos de Cargos, Carreiras e Salários são, em regra, criados por Resoluções Administrativas das entidades, aprovados por Decisões de Plenária. Não há, portanto, criação de cargo ou emprego público por lei para tais entidades.

Ademais, a Lei nº 9.962/2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, proíbe expressamente que o pessoal submetido ao Regime Celetista na Administração Pública seja contratado por intermédio de cargo de provimento em comissão, *in verbis*:

Art. 1º O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.

§ 1º Leis específicas disporão sobre a criação dos empregos de que trata esta Lei no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos

§ 2º É **vedado**:

I – submeter ao regime de que trata esta Lei:

a) (VETADO)

b) cargos públicos de provimento em comissão:

II – alcançar, nas leis a que se refere o § 1o, servidores regidos pela Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, às datas das respectivas publicações.

§ 3o Estende-se o disposto no § 2o à criação de empregos ou à transformação de cargos em empregos não abrangidas pelo § 1º.

Acerca da contratação por intermédio do “emprego em comissão”, é pertinente transcrever excerto elucidativo do inteiro teor do acórdão prolatado no AIRR – 1863-95.2011.5.10.0003, pelo Tribunal Superior do Trabalho, no qual se afirma que a Constituição Federal não prevê a figura do “emprego em comissão”:

Com a promulgação da Carta da República de 1988, ficou **definitivamente obstada a contratação de empregado pela Administração Pública direta e indireta sem a prévia aprovação em concurso público**, conforme dicção expressa do artigo 37, inciso II, nos seguintes termos:

“a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

A norma em comento foi expressa em exigir a submissão a concurso público para a investidura em cargos ou empregos públicos, sendo os ocupantes desses últimos regidos pela legislação trabalhista.

A exceção da contratação por tempo determinado, para atender necessidade temporária de excepcional interesse público (CRFB, art. 37, inciso IX), a possibilidade de investidura nos quadros da administração pública sem a realização do concurso público ocorre em relação aos cargos declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Estes são os chamados cargos em comissão destinados apenas às atribuições de

direção, chefia e assessoramento (CRFB, artigo 37, V), submetendo-se os seus ocupantes ao regime estatutário.

A Constituição da República não faz alusão à figura do 'emprego em comissão', que seria uma situação sui generis do dito 'cargo em comissão', pois, apesar de destinados à função de direção, chefia e assessoramento, de livre nomeação e exoneração, estariam os seus ocupantes sujeitos às normas trabalhistas.

(AIRR – 1863-95.2011.5.10.0003, Relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 21/10/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015)

Sendo assim, após a pacificação do entendimento exarado pela Suprema Corte no sentido da aplicabilidade do regime celetista ao pessoal dos conselhos profissionais, é inconteste que as vagas do quadro de pessoal de tais entidades serão preenchidas por empregos públicos criados por meio de atos administrativos internos, a serem preenchidos por concurso público.

Nesse diapasão, caso haja a autorização jurisprudencial para a criação de “empregos públicos em comissão”, tais entidades teriam em suas mãos a possibilidade jurídica de burlar facilmente a obrigatoriedade da realização de concurso público. Nesse contexto, poderiam, por exemplo, criar diversos “empregos públicos em comissão” de “assessores” ou “gerentes” para o desempenho de atividades técnicas no âmbito destes conselhos, a serem preenchidos sem concurso público, como ocorre em algumas dessas entidades.

6 DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS À CONTRATAÇÃO POR COMISSIONAMENTO DE ADVOGADO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES TÍPICAS E PERMANENTES NO ÂMBITO DOS CONSELHOS PROFISSIONAIS

É certo que, no âmbito da excepcionalidade ao concurso público, torna-se possível que a Administração Pública proceda à contratação precária a título de cargo comissionado, desde que tal contratação se efetive com obediência ao art. 37, incisos II e V, da CF, consoante explicitado no item 5.

Nessa linha de raciocínio, importa ressaltar que cargos comissionados não podem ser utilizados para o exercício de atividades técnicas e permanentes do órgão. Segundo o que determinam os preceitos constitucionais e legais, tais cargos devem ser utilizados apenas para as funções de direção, chefia e assessoramento.

Além disso, quando há a permissão de contratação por meio de cargos comissionados, que deve ser realizada sob estrita observância ao disposto no texto constitucional, para atividades exclusivas de direção, chefia e assessoramento, é necessário atentar, ainda, para o disposto no artigo 50 da Lei 8.460/92, que exige que pelo menos 50% dos cargos em comissão sejam preenchidos pelos servidores de carreira.

Outrossim, cumpre ressaltar que a Lei nº 9.962/2000 proíbe expressamente a contratação de pessoal sob o regime celetista para cargos comissionados.

No que concerne à contratação de advogado para o quadro de pessoal dos conselhos profissionais, é importante explicitar que as funções desempenhadas por tais profissionais são permanentes e fundamentais ao órgão de fiscalização profissional, e, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, são funções típicas da advocacia pública, não podendo ser exercidas por meio de contratações precárias, pois envolvem, entre outras atribuições, a cobrança judicial de créditos tributários, a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e/ou assessoramento jurídico aos gestores de tais entidades.

Imprescindível se faz anotar, por oportuno, que a atividade de advogado de conselho profissional é atividade permanente para o funcionamento regular do órgão, tendo em vista que se trata de órgão de fiscalização profissional, o qual possui, inclusive, capacidade tributária, com o poder de executar judicialmente as contribuições devidas pelos profissionais nele registrados, atividade esta que é realizada por meio dos advogados do órgão. Ademais, é importante ressaltar que os advogados do órgão desempenham a representação judicial e extrajudicial nas mais diversas demandas desses órgãos, a exemplo de ações de execução fiscal, mandado de segurança, ações civis públicas, ações de cobrança, ações anulatórias de débito fiscal, dentre outras. Dessa forma, por ser atividade técnica e permanente, não se pode admitir a manutenção de contratações temporárias em detrimento da realização de concurso público para o exercício de tais atividades, sob pena de se solidificar a famigerada cultura de contratação por interesses políticos e econômicos.

Na hipótese de se concretizar tal permissão, restará clarividente a burla ao preceito constitucional previsto no artigo 37, II, da CF, posto que cargos em comissão não podem ser utilizados para suprir carência de cargos ou empregos públicos de provimento efetivo, com atribuições técnicas, como é o caso do advogado.

Outrossim, situação mais grave ocorre quando há a realização de concurso público para o desempenho das atividades de advogado, com candidatos aprovados, e, apesar disso, o órgão mantém contratações precárias para o exercício de tais atividades. Nesses casos, é indubitável a burla ao concurso público, ocasionando,

inclusive, a criação de emprego público por via oblíqua, considerando que o órgão disponibiliza vagas para a contratação precária enquanto existem candidatos aprovados em concurso público válido.

Sobre o exercício de atribuições típicas da Advocacia Pública por pessoas investidas em cargos de provimento em comissão, há emblemática e esclarecedora jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL Nº 8.186/2007 (ALTERADA PELAS LEIS nºs 9.332/2011 e 9.350/2011) DO ESTADO DA PARAÍBA: ART.3º, INCISO I, ALÍNEA A (“na elaboração de documentos jurídicos) E ANEXO IV, ITENS NS. 2 A 21 (NAS PARTES QUE CONCERNEM A CARGOS E A FUNÇÕES DE CONSULTORIA E DE ASSESSORAMENTO JURÍDICOS) – CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO – FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO – APARENTE USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS RESERVADAS A PROCURADORES DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 132) – PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DA PRETENSÃO CAUTELAR – MANIFESTAÇÕES FAVORÁVEIS DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO E DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA – DECISÃO CONCESSIVA DE SUSPENSÃO CAUTELAR DE EFICÁCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS INTEIRAMENTE REFERENDADA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, PREJUDICADO O RECURSO INTERPOSTO. O SIGNIFICADO E O ALCANCE DA REGRA INSCRITA NO ART. 132 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA: EXCLUSIVIDADE E INTRANSFERIBILIDADE, A PESSOAS ESTRANHAS AO QUADRO DA ADVOCACIA DE ESTADO, DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PROCURADOR DO ESTADO E DO DISTRITO FEDERAL. – **É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República.**

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – **A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas**

ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.

(ADI 4843 – MC – ED – Ref, Relator (a): Min. Celso de Mello. Data de Publicação: 19/02/2015. Grifos nossos.)

Percebe-se, desse modo, que o ocupante de cargo em comissão, estranho ao quadro de pessoal, não pode exercer representação judicial e o assessoramento jurídico, atribuição típica e permanente de carreira, conforme preleciona o texto constitucional.

Nesta senda, torna-se imperioso afirmar que o exercício de representação judicial e extrajudicial dos órgãos públicos não pressupõe relação de confiança entre a autoridade nomeante e o ocupante de cargo comissionado, sendo atividade eminentemente técnica. Assim, a representação judicial e extrajudicial de entidades que, embora não integrem a estrutura orgânica da Administração, possuem personalidade jurídica de direito público, também não necessita da relação de confiança entre a autoridade nomeante e aquele que desempenha as atribuições supramencionadas.

Desse modo, não se pode admitir a existência de cargo comissionado, em entidades que possuem personalidade jurídica de direito público, com atribuições voltadas ao desempenho de atividades técnicas, profissionais, permanentes e típicas da advocacia de tais órgãos, pois tais funções devem ser exercidas por pessoal aprovado em concurso público.

Sendo assim, no caso dos conselhos profissionais, aos quais deve ser aplicado o regime celetista de pessoal, não há margem constitucional e jurisprudencial para a implementação do “emprego público em comissão” de advogado ou procurador, uma vez que não há lei para criação dos cargos dessas entidades, bem como as funções desempenhadas por tais profissionais são funções eminentemente técnicas e permanentes.

Além disso, deve-se ressaltar que a Lei nº 9.962/2000 veda a contratação de pessoal sob o regime celetista para cargos comissionados no âmbito da Administração direta, autárquica e fundacional, fato que, em razão da segurança jurídica e da proteção à confiança, impõe a aplicabilidade da interpretação analógica aos conselhos de fiscalização profissional, acarretando na impossibilidade de contratação por comissionamento, pelas entidades de direito público, quando há submissão do pessoal ao regime celetista.

Destarte, considerando os argumentos suprarreferidos, as funções de advogado devem ser realizadas por advogado aprovado em concurso público, sob pena de caracterização de desvio de finalidade e de burla ao concurso público.

7 DO POSICIONAMENTO DO TCU ACERCA DA MATÉRIA

O Tribunal de Contas da União possui jurisprudência pacífica no sentido da necessidade de realização de concurso público para o exercício de assessoria jurídica inerente às atividades finalísticas dos conselhos profissionais:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos da Representação autuada pela então 6ª Secex, em decorrência de possíveis irregularidades ocorridas no Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito concernentes à contratação irregular de advogados e ao acúmulo indevido de prerrogativas do cargo.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer desta Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno/TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. reiterar a determinação veiculada por meio do subitem 9.4.1 do Acórdão n. 933/2008 – Plenário, no sentido de que, na contratação de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade, o Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional – Coffito promova o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988.

(TCU. Processo n. TC 034.000/2011-9. Plenário. Acórdão 0944/2014. Grifos nossos)

Importa, ainda, transcrever excertos da proposta de deliberação do julgado supramencionado, a fim de trazer à baila a análise realizada pelo Tribunal de Contas da União acerca da contratação de advogados pelos conselhos profissionais para o exercício de atividades técnicas e permanentes do órgão:

3. [...] verificou-se que os advogados Hebert Chemicatti, Gustavo Salerno Quirino, Vinicius Barros Rezende, Ellen Daher Rodrigues Delmas, Alexandre Schmitt da Silva Mello e Roberto Pretto Juchem foram contratados para atuarem na assessoria jurídica do Conselho sem prévia realização de concurso público, contrariamente ao disposto no art. 37, inciso II, da Constituição Federal/1988 e em descumprimento à determinação contida no subitem 9.4.1 do Acórdão n. 933/2008 – Plenário, abaixo reproduzida:

“9.4. determinar ao Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (Coffito) que:
9.4.1. **na contratação de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica que sejam inerentes às atividades finalísticas da entidade, promova o devido concurso público, nos termos do art. 37, inciso II, da CF/1988;**”

[...]

5. Em 2008, o Tribunal, ao apreciar processo de Representação a respeito de irregularidades ocorridas nos exercícios de 2003 e 2004 na administração do Coffito e do Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região – Crefito-3/SP, identificou que, naquelas entidades, **estavam sendo feitas contratações diretas para a prestação de serviços de assessoria jurídica para serviços, de natureza permanente e que apresentavam características de atividades rotineiras para profissionais da categoria.**

[...]

8. Naquela oportunidade, registrei, ao relatar o referido processo, a deficiência do setor jurídico da instituição e a necessidade de a administração implementar providências para

corrigir a situação. Lembrei ainda que este Tribunal já havia se posicionado, em diversas ocasiões, acerca dos procedimentos legais relativos às contratações de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica, no âmbito dos Conselhos de Fiscalização de Profissões Regulamentadas (entre outras deliberações, Acórdãos ns. 143/1999 – 2ª Câmara, 341/2004 – Plenário e 3.347/2006 – 1ª Câmara).

9. Dessarte, **o Plenário, por meio do Acórdão n. 933/2008, prolatado em 21/05/2008, determinou ao Coffito que promovesse o devido concurso público na contratação de empregados para prestação dos serviços de assessoria jurídica.**

[...]

14. **No tocante ao argumento embasado no inciso II do art. 37 da Constituição Federal, creio que a mera criação de um cargo em comissão não pode ser óbice à regra do processo seletivo, quando evidenciado que as atribuições a ele cometidas, como no presente caso, não se enquadram no disposto no art. 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988, em que o vínculo de confiança explicaria o regime de livre nomeação e exoneração.**

15. **Assim, reafirmo o entendimento no sentido de que a contratação de servidos de assessoria jurídica inerentes às atividades finalísticas da entidade, como é o caso da contratação de Procuradores Jurídicos para atuarem na área de Assessoria Técnica Permanente, não atendem aos preceitos do art. 37, inciso II, da CF/1988.**

(TCU. Processo n. TC 034.000/2011-9. Plenário. Acórdão 0944/2014. Grifos nossos)

Apesar de entender que o exercício das atividades técnicas e permanentes da assessoria jurídica dos conselhos de fiscalização profissional seja desempenhada por advogados aprovados em concurso público, o TCU tem admitido a implementação de “empregos em comissão” nos Conselhos Profissionais, desde que observados os critérios constitucionais relativos aos cargos comissionados:

7.2.3 Cargos Comissionados

Ao analisar o TC 016.756/2003 – 0, relativo ao percentual de cargos comissionados junto aos Conselhos de Fiscalização Profissional, o TCU concluiu da seguinte forma (Acórdão TCU 0341 – Plenário):

- Necessidade de os conselhos de fiscalização profissional adequarem suas instruções normativas internas ao art. 37, inciso V, da Constituição Federal, estabelecendo, ainda, o **percentual mínimo de 50% dos cargos em comissão a serem preenchidos por empregados de carreira**, a exemplo da orientação fixada pelo art. 14 da Lei 8.460/92.
- Nos termos das disposições constantes do art. 37, inciso V, da Constituição Federal, ‘as funções de confiança devem ser exercidas, exclusivamente, por servidores ocupantes de cargos ou empregos efetivos, enquanto que os comissionamentos, jungidos ao aspecto de confiança, devem ser preenchidos, preferencialmente, por servidores efetivos do quadro de carreira da entidade, em percentuais pré-fixados, destinando-se estes, apenas, às atribuições próprias de direção, chefia e assessoramento’.
- Inexistindo **lei que estabeleça para os conselhos os percentuais mínimos, seria plausível fixar o percentual de 50% dos comissionamentos para o pessoal com vínculo efetivo com as entidades, ficando a outra metade para livre escolha dos administradores.**
- Para que seja evitada a ocorrência de fraude à exigência de concurso público, os casos de terceirizações devem limitar-se às modalidades de **mão de obra que não constituem ‘invasão ou substituição das atribuições próprias e inerentes ao pessoal do quadro de carreira’** (TCU, 2014, p. 110).

Percebe-se, assim, que o TCU vem aceitando a existência de “empregados em comissão” nos Conselhos Profissionais, observando-se o parâmetro mínimo de 50% dos empregos preenchidos pelo pessoal de carreira, assim como a exigência de que o pessoal contratado nessa modalidade não se destine ao desempenho de atribuições próprias do pessoal de carreira.

Tais “empregos em comissão”, de acordo com o entendimento da Corte de Contas da União, devem ser exclusivos para funções de “direção, chefia e

assessoramento”, não implicando “invasão ou substituição das atribuições próprias e inerentes ao pessoal do quadro de carreira”. Observados esses critérios, seriam constitucionais e legais tais contratações.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise doutrinária e jurisprudencial realizada nesse trabalho, é possível afirmar que, à luz das normas constitucionais, não há espaço para a criação e implementação de “empregos públicos comissionados” no âmbito dos conselhos de fiscalização profissional, uma vez que tais entidades criam sua estrutura de pessoal por meio de atos administrativos internos.

Além disso, tais entidades, embora não integrem a estrutura orgânica da Administração Pública, são classificadas pela doutrina e jurisprudência majoritária como autarquia *sui generis*, com personalidade de direito público, fato que impõe a necessidade de observância ao preceito constitucional relativo à exigência de concurso público para provimento de cargos e empregos na Administração Pública. Desse modo, as contratações de pessoal por tais entidades devem ser precedidas de certame público.

Outrossim, no que se refere às contratações de advogados por tais entidades, é pertinente registrar que as funções desempenhadas por tais profissionais, por serem funções técnicas e permanentes, devem ser preenchidas por empregados aprovados previamente em concurso público. Nesse sentido, havendo contratação com observância dos critérios de isonomia e merecimento, presume-se que haverá maior rigor no trato com a coisa pública, bem como maior controle nos atos administrativos voltados à efetivação de procedimentos licitatórios e à formalização de contratos administrativos.

E, conquanto haja entendimento do TCU no sentido da possibilidade de implementação de “empregos em comissão” no âmbito dos conselhos profissionais, é oportuno consignar que esses entendimentos estabelecem, de forma explícita, que as contratações por comissionamento no âmbito dos conselhos profissionais devem ser realizadas com observância da proporcionalidade prevista constitucionalmente, assim como não deve ser utilizada para o desempenho das atribuições próprias do pessoal de carreira.

Todavia, nesse estudo, advoga-se a ideia de que o entendimento do TCU vai de encontro ao artigo 37, II, da Constituição da República, pois não há previsão expressa constitucional e legal acerca da possibilidade de existência do “emprego público em comissão” nas autarquias, mesmo que estas sejam consideradas “*sui generis*”, como é o caso dos conselhos de fiscalização da atividade profissional.

Sendo assim, defende-se que, para a contratação de advogado no âmbito dos conselhos profissionais, deve ser realizado concurso público, tendo em vista que as funções desempenhadas por esses profissionais, no âmbito dos conselhos profissionais, são técnicas e não podem ser exercidas por advogados contratados por comissionamento.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.**

BRASIL. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. **Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000.**

GARCIA, Emerson. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DIREITO, MORAL E A QUESTÃO DA JUSTIÇA. ESTUDO COMPARADO DE SISTEMA JURÍDICO E SOCIEDADES INGLESA E BRASILEIRA

FRANCISCO TADEU DA SILVA E SOUZA:

Advogado. Assessor Especial Chefe de Gabinete. Mestrando em Teoria Geral e Filosofia do Direito e na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela PUCSP.

RESUMO: Valendo-se do método dialético, o presente estudo visa comparar os sistemas normativos da *common law* e *civil law*, respectivamente adotados no Reino Unido e Brasil, a partir da perspectiva da teoria tridimensional do direito e da formação dos valores nas sociedades envolvidas, uma vez que estes são utilizados ao lado dos fatos para sintetizar as normas emanadas pelo Poder legitimamente estabelecido.

Palavras-chave: Moral, Valor, Justiça, Direito Brasileiro, Direito Inglês.

ABSTRACT: Using the dialectical method, this paper aims to compare the normative systems of common law and civil law, respectively adopted in the United Kingdom and Brazil, from the perspective of the three-dimensional theory of law and the formation of values in the societies involved, once that these are used alongside the facts to synthesize the norms issued by the legitimately established Power.

Keywords: Moral. Value. Justice. Brazilian Law. English law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A formação da norma e a base do poder: 2.1 A moral e o direito;. 3. Em direção à justiça. 3.1. A formação dos valores. 3.2. O valor-fonte. 4. Conclusão 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute a respeito do processo de formação e diferenciação das normas que regulam a vida em sociedade, bem como acerca das bases que tornam autorizados e legítimos os poderes criadores.

Essas discussões são comuns aos sistemas jurídicos anglo-saxão, tradicional em países como o Reino Unido, como no romano-germânico adotado no Brasil e em grande parte do mundo.

Valendo-se do método dialético, o presente estudo enfrenta estas discussões para delinear congruências e divergências nas ideias de formação e diferenciação das normas, e das bases de legitimidade dos poderes criadores, comparando assim, os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law*.

2.A FORMAÇÃO DA NORMA E A BASE DO PODER

Miguel Reale enfrentou o problema de formação das normas e legitimação dos poderes através da Teoria Tridimensional do Direito, através da qual propôs uma concepção aberta e dinâmica do direito a partir da sintetização dos elementos “fato” e “valor”, que geraria a “norma”.

Assim o direito seria produto do exercício contínuo e dialético cuja síntese realizada pelo Poder, resultaria na norma jurídica.

Ao explicar este processo, Reale diferencia as formas de poder para expor a gênese dos modelos jurídicos de *civil e common law*.

“(…) cada modelo jurídico, corresponde a um momento de integração de certos fatos segundo valores determinados, representando uma solução temporária (momentânea ou duradora) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social. A decisão é do poder estatal expresso através de órgãos determinados, mas (...) pode ser também o resultado do poder social difuso em uma comunidade, visto como o chamado direito costumeiro não é senão a consagração de reiterados atos anônimos de decidir (...)” (REALE, 1999, p. 554).

Sob este pensamento, a legitimação do Poder sintetizador é ponto fulcral na distinção entre os modelos jurídicos.

O direito legislado brasileiro, lança logo nas primeiras linhas de sua vigente Lei Maior a máxima de que “todo poder emana do povo”, porém, seria desprezar a realidade, tomar tal excerto como base efetiva da legitimidade do poder no sistema jurídico brasileiro, basta ver que desde 1824, na primeira Constituição Brasileira¹⁵², a vontade povo é referenciada como base do poder sintetizador das normas jurídicas, sem contudo haver efetiva participação popular prévia na escolha inicial dos autores do texto normativo.

Neste ponto, a construção histórico-normativa do sistema anglo-saxão parece mais próxima da historicidade do direito preconizada pela teoria tridimensional, pois sua base nos costumes do povo é mais adaptável para harmonizar as tensões geradoras de litígios, legitimando um poder não descrito nas linhas de uma lei suprema, mas com aplicação e verificação práticas e, portanto, com melhores possibilidades de reconhecimento no seio social, por isso a norma há de ter “valores do povo” como um de seus insumos.

A não correspondência dos valores constituintes da norma e os valores sociais implica enfraquecimento do arcabouço normativo, quer seja ele escrito ou costumeiro.

152 Preâmbulo da Constituição do Império: DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Aclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil (...)”
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm Consultado dia 11 de junho.

Ao analisar o tema, Partington aduz:

“(…) As razões pelas quais as pessoas aceitam em maior ou menor proporção o exercício do poder são complexas. Uma é que a maioria das pessoas, embora aceite que certos serviços, como educação e saúde, devam ser fornecidos, não deseja administrá-los. Eles ficam felizes em deixar políticos e burocratas continuarem com o trabalho. Além disso, uma vez que um governo estabeleça uma reivindicação para exercer o poder, invariavelmente cria o aparato de polícia, serviços de segurança e similares cuja função é fazer cumprir a lei resultante do exercício desse poder.” (PARTIGTON, 2018, p. 25).

Para minimizar as possibilidades deste desacerto, é de suma importância o reconhecimento da legitimidade do Poder.

No caso do direito inglês, a busca de reconhecimento da legitimidade é dupla, pois além das autoridades nacionais, há o regramento estabelecido pela União Europeia que, até a efetiva saída britânica, estará vigente e com incidência no regramento interno.

“(…) No Reino Unido e em muitos outros países desenvolvidos, esse consentimento é mais um dado adquirido do que buscado ativamente (exceto em questões específicas que são objeto de referendos). Aqui e em outras democracias, eleições livres e regulares são vistas como o principal mecanismo pelo qual está implícito o consentimento contínuo ao governo. O que preocupa muitas pessoas atualmente, particularmente nos países onde o processo democrático está bem estabelecido, é que a apatia dos eleitores pode enfraquecer a legitimidade das instituições legislativas. Isso leva alguns a argumentar que o voto nas eleições deve ser obrigatório; essa já é a lei na Austrália, por exemplo.” (PARTIGTON, 2018, p. 26).

Já no Brasil, há uma efetiva busca por constante legitimação, especialmente por parte do atual mandatário da Presidência da República para o quadriênio (2019-2022) Jair Bolsonaro, que reiteradamente participa, quando não, também convoca, manifestações públicas de apoio e reafirmação do voto popular depositado em sua pessoa.

Apesar de esta postura não ser tradicional nos países de *civil law*, ela se justifica diante do aumento da atividade legiferante do Poder Executivo que, apenas no primeiro ano de mandato expediu 48 (quarenta e oito)

medidas provisórias¹⁵³, além de 157 (cento e cinquenta e sete) decretos¹⁵⁴ nos 150 (cento e cinquenta) primeiros dias de mandato.

Mesmo admitidas no modelo jurídico brasileiro, tanto a capacidade legislativa atípica quanto a busca por reafirmação de legitimidade por meio de manifestações de rua, encontram resistência e questionamentos nos demais poderes, e fogem da tradição temática dos protestos de oposição aos poderes constituídos e começaram a eclodir no Brasil, em junho de 2013¹⁵⁵.

O Reino Unido também foi palco de manifestações mesmo após o referendo popular a favor do *Brexit*¹⁵⁶.

Guardadas as devidas proporções, a causa remota das manifestações no Reino Unido e no Brasil é a busca de reafirmação legitimidade do Poder para converter em "norma", valores e fatos.

Obviamente, a diferença básica entre os dois modelos jurídicos permanece sendo a forma de expressão da norma jurídica, que, no *statute law* é o direito legislado e na *common law* é o precedente judiciário, ou seja, o direito comum criado por decisões judiciais, porém, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta que:

"(...) outra fonte do direito anglo-saxão é a equidade, que serve de fundamento a decisões judiciais nos casos em que não se encontra fundamento no *common law* a tutela eficaz dos direitos privados. Uma vez proferida a decisão com base na equidade, ela também se transforma em precedente judiciário e passa a integrar o *common law*." (DI PIETRO, 2012, p. 17).

Mais uma vez ganha destaque a importância do arcabouço axiológico das sociedades, mas agora para momentos posteriores à escolha e legitimação do Poder e à sintetização da norma, para preencher a lacuna deixada pelos precedentes, na forma de equidade.

Sem valores orientados ao equilíbrio e razoabilidade, ficaria difícil ou impossível suprir lacunas normativas de forma a atender ao mister do direito.

Já no modelo de *civil law* brasileiro, a equidade se consagra como opção para decisão arbitral no procedimento da Lei 9.099/1995 dos Juizados Especiais Cíveis¹⁵⁷, enquanto eventuais lacunas legislativas são supridas nos

¹⁵³<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/10/primeiro-ano-de-governo-teve-48-medidas-provisorias-editadas> Consultado dia 11 de junho.

¹⁵⁴https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/04/interna_politica,760088/bolsonaro-edita-recorde-de-decretos-desde-collor.shtml Consultado dia 11 de junho

¹⁵⁵ <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44310600> Consultado dia 11 de junho

¹⁵⁶<https://exame.com/mundo/super-sabado-do-brexit-comeca-com-manifestacoes-em-londres/> Consultado dia 11 de junho

¹⁵⁷ *In verbis*: Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos artigos. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

casos *in concreto* através de analogia¹⁵⁸, costumes e princípios gerais de direito.

Tanto a equidade quanto as outras formas de preenchimento das lacunas normativas dependem diretamente dos valores subjacentes, o que, novamente, enfatiza a importância da moral, e do estabelecimento da justiça como norte inexorável dos modelos jurídicos adotados no Reino Unido e no Brasil.

2.1 A moral e o direito

A doutrina filosófica e jurídica tem por tradição histórica buscar a diferenciação entre direito e moral para, a partir disso separá-los, como fez Hans Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito, ou para incorporá-los como formas de balizamento pessoal e social.

Para propor uma resposta à pergunta “o que é o Direito?”, Kelsen pretendeu “purificar o direito”, livrando-o de elementos metajurídicos, e, reservando a outras áreas do conhecimento as investigações sobre os pensamentos e valores sociais, propôs a separação em relação as demais áreas do conhecimento como a psicologia, sociologia, ética e teoria política.

A teoria de Kelsen não nega que o direito seja um fenômeno social, mas entende que a realidade social deve ser objeto de estudo de outros estudiosos, como o sociólogo, não o jurista, ao qual não cabe emitir juízo de valor sobre o conteúdo da norma, mas tão somente constatar sua vigência ou validade técnico-formal, para então aplicá-la. E, a validade, sob este prisma, “decorre de outras normas interligadas que se prendem, afinal, a uma norma fundamental” (REALE, 1999, p.465).

De acordo com Reale, Kelsen:

“(...) declara que o Direito entendido sempre só como Direito Positivo, pertence todo ao domínio do dever ser como produto normativo. O Direito exprime, assim, um dever ser que vale por si, não envolvendo nenhuma forma concreta de comportamento, nenhuma orientação prática de conduta. É em suma, lógica, mas não eticamente finalista” (REALE, 1999, p. 155)

Ainda sob esta teoria, ao lado das normas jurídicas, outras normas regulam a conduta dos homens entre si, e, também são um fenômeno social, mas desprovido da validade formal. Para Kelsen, estas normas sociais podem

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Juizados%20Especiais%20C3%ADveis%20e%20Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Consultado dia 11 de junho

158 *In verbis*: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm _Consultado dia 11 de junho

ser abrangidas sob a designação de "moral". E a disciplina dirigida ao seu conhecimento é chamada de "Ética". A Justiça é uma exigência da moral, mas não do direito.

O direito procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, a sanção. Esse é um critério decisivo, na visão de Kelsen, para distinguir o direito de outras ordens sociais. Em paralelo o descumprimento de normas morais não acarretaria sanção, mas desaprovação social que pode ser variável mesmo dentro de um recorte de tempo e espaço.

Assim moral e direito são ordens sociais normativas que regulam condutas humanas na medida em que estas estão em relação com outras pessoas. Contudo, como destaca Kelsen: "(...) uma distinção entre o direito e a moral não pode encontrar-se naquilo que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas em como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana" (KELSEN, 2009, p. 71)."

Já Georg Jellinek, aborda de forma diferente a relação entre direito e moral, a partir da explicação psicológica da transição do fato à norma, do costumeiro ao normativo, ao propor a Teoria do Mínimo Ético. Aduz que:

"(...) Uma norma, não valeria como norma jurídica se sua eficácia psicológica não fosse garantida. Mas um direito só tem garantia de eficácia quando o poder determinante de seus preceitos está tão fortalecido por forças psico-sociais que se justifica a expectativa de estarem esses preceitos em grau de se afirmar como motivos de agir perante opostos motivos individuais" Isso quer dizer que o Direito vale quando é reconhecida a sua validade pela massa dos espíritos." (apud REALE, 2014, p. 111)

A incorporação psicológica do direito começaria por cada indivíduo que passaria a incorporar como norma de balizamento pessoal, as condutas que ele observa reiteradamente, e, por consequência passa a reproduzir e ser observado pelos demais membros sociais.

Nota-se que sob este pensamento, cada indivíduo teria como primeiro balizador de sua conduta, a própria consciência que, o motivaria ao bom proceder por meio do temor do gravame psíquico emocional gerado pelo remorso. Assim, tanto o estímulo como o desestímulo para uma ou outra conduta seria provocado por ameaças ou vantagens estritamente subjetivas e psicológicas.

Entretanto, Jellinek reconhece a não uniformidade social ao reconhecer a falibilidade de freios e contrapesos estritamente psicológicos.

Este reconhecimento, aliás, remonta à alegoria de Gíges¹⁵⁹ proposta por Platão, em *A República*.

Como segunda sistema normativo de freio à vontade de potência¹⁶⁰, seria a moral ou decoro, ou seja, o que a sociedade entende como conduta proceder equilibrado e escorreito. O descumprimento de preceitos morais poderia acarretar com a segregação ou mesmo exclusão social.

Por fim, o direito seria o último bastião ou mínimo ético, pois, superados os freios subjetivos da consciência individual, e desrespeitados os preceitos morais da sociedade, caberiam ao direito e sua força coercitiva, as tarefas de garantir o equilíbrio e, por fim, a manutenção da sociedade.

Apesar dos acertos do pensamento de Jellineck e dos esforços de edificação pura do direito por parte de Kelsen, ambos são passíveis de críticas por não se associarem à necessária orientação de justiça, deixando-a limitada ao cumprimento do anseio social, e, no caso de Kelsen, dissociá-la dos instrumentos coercitivos que só o direito poderia agregar na busca por justiça.

E esta crítica é extraível a partir do contraste destas teorias, em especial, dos conceitos, limites e finalidades por elas trazidos para a moral, com os pensamentos de Aristóteles.

3. EM DIREÇÃO À JUSTIÇA

A grande característica de Aristóteles e uma de suas principais diferenças para com seu mestre Platão, se assenta no fato de que ele tomou por ponto de partida a observação da realidade social para, conforme expõe David Johnston, “entender que o princípio da justiça aplica-se sobretudo a um conjunto de relações entre homens livres e relativamente iguais entre si.” (JOHNSTON, 2018, p. 75).

É o que John Halws mais tarde chamaria de “justiça como equidade” para conceber a ideia de que “os princípios de justiça mais razoáveis seriam aqueles que fossem objeto de mútuo acordo entre pessoas em condições equitativas.” (apud KELLY, 2003, p.5).

Sob esta perspectiva, os preceitos morais – que no entender de Kelsen serviriam à busca de justiça – só poderiam ter bases razoáveis se os membros da sociedade estivessem em igualdade, do contrário, não haveria verdadeira base moral, mas imposição da vontade por parte do mais forte, e a consequência “justiça” de acordo com seus conceitos.

¹⁵⁹ Na parábola, Gíges encontra um anel que lhe daria o poder da invisibilidade e lhe garante a absoluta possibilidade de agir conforme sua consciência que, sem demora, é deixada de lado para satisfazer aos intentos egoísticos sem os escrúpulos ou amarras sociais.

¹⁶⁰ Termo cunhado por Friedrich Nietzsche para exprimir os desejos e impulsos que impulsionam os seres humanos a galgar, disputar, se expor a riscos e sacrifícios em busca do que compreendem por melhor.

Nieztche acrescenta outro problema na falta de equidade social, ao lembrar que a moral dos escravos seria diametralmente oposta à moral dos senhores, e que, enquanto estes consideram moral praticar a tortura, aqueles consideram moral desrespeitar todo conjunto de leis sociais e jurídicas, não sendo distante afirmar a possibilidade de orgulho e até afirmação social em virtude de atos contra a vida dos senhores.

A falta de observação da realidade para estabelecimento do conceito de justiça pode levar à ruína todo arcabouço normativo, e, pior, a própria sociedade.

Tendo como possível este cenário, o realismo aristotélico serve de norte para aprimoramento das teorias pura do direito e do mínimo ético, para, em relação à primeira agregar um valor extraído de indivíduos em situações equivalentes, ao conteúdo da norma jurídica; e, em relação à segunda agregar esta mesma qualidade de valor para alinhamento finalístico dos regramentos morais e jurídicos à justiça.

Entretanto, outro problema surge, afinal, a própria equidade de base necessária para extração de valores adequados não é de simples alcance, e acaba por entrar em um círculo aporético com a almejada justiça, de sorte que o primeiro, de difícil alcance, torna a segunda tão distante de ganhar traços práticos.

É neste contexto que os valores subjacentes retomam sua necessária relevância como vetores que sinalizam tanto os caminhos para persecução da igualdade de base como para a finalidade da justiça.

3.1A formação dos valores

A importância dos valores enquanto vetores de equidade e justiça se dá graças ao seu caráter a-espacial e atemporal, ou seja, “apresentam um modo de ser que não se subordina ao espaço e ao tempo” e ainda sobrepuja a cultura dos povos. (REALE, 1999, p. 187).

São várias as tentativas teóricas de compreender o processo de formação dos valores e sua internalização individual, social e, por fim, jurídica, mas duas abordagens merecem especial atenção para os fins deste estudo, são as de ordem subjetiva e objetiva.

“(…) A primeira corrente é, como dissemos, a subjetivista, reunindo várias teorias psicológicas da valoração, como por exemplo, a de tipo hedonista, desenvolvida desde Aristipo e Epicuro até Bentham e Meinong (valioso é o que nos agrada, causando-nos prazer) ou a de tipo voluntarista, como a que, desde Aristóteles até Ribot e Ehrenfels, liga o problema do valor à satisfação de um desejo, de um propósito, a uma base sentimental-volitiva (valor é o que desejamos ou pretendemos).” (REALE, 1999, p. 188)

Em ambas as correntes, pode-se verificar a presença do desejo humano, pois, terá valor o que necessariamente atrai o homem por razões fisiológicas ou não.

Miguel Reale ainda divide os valores em dois grandes grupos, os valores constantes e os valores cambiantes. Estes variam de acordo com o tempo e espaço, mas aqueles seriam supra culturais e invariáveis, tendo como alicerce e centro nevrálgico, o princípio da dignidade da pessoa humana.

É este princípio, por seu traço perene, que deve ser o vetor máximo para a busca da justiça.

3.2 O valor-fonte

“Quando se estuda o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem (...)”. É este o ponto de partida apontado por Miguel Reale ao iniciar seu tópico que coloca a pessoa como valor fonte do demais valores. E, não seria para menos, afinal, o homem tem a capacidade de síntese que o diferencia dos demais animais.

Entretanto, Reale coloca a “pessoa humana”, e não simplesmente “o princípio da dignidade da pessoa humana” como valor base do ordenamento. Não se trata de mera troca semântica, mas de um efetivo acerto metodológico que não destaca a pessoa do ordenamento jurídico, antes coloca a própria, e não apenas sua dignidade, como fonte e base transcendental.

A ideia de dignidade poderia ser restrita ou ampliada pelo ordenamento jurídico de acordo com a reserva do possível e do interesse geral, como por exemplo, o acesso a tecnologias de saúde às expensas do Estado. Entende-se no Brasil, que a dignidade da pessoa humana prevalece até os limites da lista de tecnologias incorporadas ao Sistema Único de Saúde, já as não incorporadas estariam fora da cobertura obrigatória do Estado¹⁶¹, ainda que essenciais à sobrevivência do paciente.

Já o conceito de pessoa não pode ser restrito por qualquer ordenamento. Não pode haver expressão jurisprudencial ou legislativa que defina o que é pessoa humana ou que não se enquadrariam no conceito de pessoa, indivíduos de determinada etnia, religião ou opção sexual.

Portanto é a pessoa humana, e não apenas o que se entende como necessário para que esta tenha dignidade, que constitui o verdadeiro valor-fonte de todo ordenamento normativo.

Daí o caráter atemporal e a-espacial deste valor, e, também, a razão pela qual é o valor fonte de todos os outros. O homem é o próprio valor sintetizador dos demais valores. A pessoa é a verdadeira força em torno da

¹⁶¹[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:txt=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20\(SUS\)](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N#:~:txt=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Plen%C3%A1rio%20do%20Supremo%20Tribunal,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20(SUS)) Consultado dia 30 de junho.

qual orbita o ordenamento em qualquer de suas expressões: *civil* ou *common law*.

A ideia de dignidade da pessoa humana é, neste contexto, o desejo de existência plena inerente a todos.

O espectro do desejo de existência plena, compreende múltiplos e variáveis atrações que externam a individualidade de cada um.

E o que atrai o homem? O que o faz sacrificar prazeres em busca de sobrevivência ou sobrevivência em busca de prazeres?

O homem inclina sua busca ao que conhece. Se não conhece, certamente estará fora de sua visão de desejo ou de necessidade, e, portanto, não terá valor algum.

Inevitavelmente a sociedade terá influência no que franquia acesso ao homem. Caso limite acesso a elementos para a formação do conhecimento, também limitará a construção de elementos de representação (do desejo ou da necessidade), e, sendo esta a base buscada pelo cérebro para aprender outros elementos, ter-se-á menos possibilidade de novos aprendizados aumentando o espectro do “não entendido”, do “não conhecido”, do “sem valor”, ampliando o que Schopenhauer chamou de “insondável”.

Se compararmos o nível de estudo das sociedades inglesa e brasileira, esta soma 47,4%¹⁶² pessoas de ambos os sexos, com mais de 25 anos, que concluíram o ensino médio, enquanto aquela ostenta 77%¹⁶³ de pessoas na mesma faixa etária, com o diploma deste nível.

Ora, sendo o direito um fenômeno social composto pela síntese entre fatos e valores, e, sendo os valores produtos do desejo ou da necessidade humana, e estas são formadas com base no que é apresentado ao homem, então, necessariamente podemos concluir que há possibilidade de a sociedade inglesa possuir uma gama maior de valores, e, portanto, de insumos formadores do seu conjunto normativo.

Esse conjunto axiológico mais amplo fornece mais elementos formadores das normas concretas típicas da *common law*, ao passo que a sociedade brasileira, inspira mais cuidados na formação de sua estrutura normativa, afinal, há menos possibilidades de formação de uma vasta e diferenciada gama de valores que possibilitem a sintetização de normas pontuais para cada caso, ressaltando a importância de leis escritas que melhorem as chances de estabilização social e composição de litígios.

4.CONCLUSÃO

¹⁶² <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/anos-de-estudo.html> Consultado em 12 de junho.

¹⁶³ <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/reino,unido/#:~:text=No%20Reino%20Unido%2C%2077%25%20dos%20adultos%20entre%2025%20e%2064,comparado%20a%2074%25%20das%20mulheres>. Consultado em 12 de junho.

Conclui-se, que Direito e Moral têm por finalidade primeira e última a preservação da harmonia mínima necessária para a efetiva dignidade da pessoa humana, sendo esta, portanto, o vetor superior de justiça, para, em qualquer sistema normativo, orientar com posição de supremacia, o processo de sintetização das normas jurídicas, evitando a sobreposição da vontade do mais forte e mitigando a falta de equidade de base existente em todas as sociedades.

5.REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno* – São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

JOHNSTON, David. *Breve história da justiça*; tradução de Fernando Santos – Edição padrão – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

KELSEN, Hans [1960]. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6a ed., São Paulo: Martins Fontes, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. *A genealogia da moral*; tradução de Mário Ferreira dos Santos. – Petrópolis: Vozes, 2017.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. – 19ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. – 6ª ed. – Rio de Janeiro, 2014.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o sofrimento do mundo e outros ensaios*; tradução de Gabriel Valladão Silva. – Porto Alegre: L&PMPocket, 2019.

VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. 1764. Ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para *e-Book*. eBooksBrasil.org.

PREOCUPAÇÃO EXCESSIVA DO ESTADO NA PRODUÇÃO DE PROVAS NOS CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO NA ESFERA PENAL

ECLEZIAST DE PAULA GALVÃO JUNIOR: Servidor Público. Aprovado para os concursos de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e Ministério Público da União; Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

RESUMO: O presente artigo objetiva discutir diferenças na maneira em que o Estado reage no momento de criação de provas nos casos de grande repercussão quando comparado com outros de menor impacto social. Tal discussão justifica-se no fato de que em crimes que chocaram o país, como o de Isabella Nardoni, foi utilizada a mais alta tecnologia disponível na perícia criminal; enquanto outros crimes permanecem sem desfecho. Assim, faz-se uma análise da importância da prova pericial, informando também como é a realidade da estrutura pericial brasileira. Em seguida, apresenta-se quatro estudos de casos, os dois primeiros (casos Nardoni e Leonardo Lívio) de grande repercussão e que contaram com provas periciais de ponta, enquanto os dois últimos casos (Fabrício Krettli e Oriovaldo Ferreira Júnior) carecem de um responsável pelo crime. Posteriormente, é exposta a pesquisa de campo: três profissionais operadores do direito demonstram suas opiniões sobre o assunto e a realidade profissional em suas áreas. Finalmente, ao analisar os casos estudados juntamente com a pesquisa de campo, conclui-se que em crimes de grande impacto social o Estado consegue apresentar uma perícia de ponta, ao contrário de casos com menor repercussão, em que ficam expostas as deficiências da estrutura investigativa brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Repercussão. Perícia. Direito Penal. Prova. Crime.

ABSTRACT: This article aims to discuss differences in the way in which the State reacts when creating evidence in cases of great repercussion when compared to others of lesser social impact. This discussion is justified by the fact that in crimes that shocked the country, such as that of Isabella Nardoni, the highest technology available in criminal expertise was used; while other crimes remain unsolved. Thus, an analysis is made of the importance of expert evidence, also informing how the reality of the Brazilian expert structure is. Then, four case studies are presented, the first two (Nardoni and Leonardo Lívio cases) of great repercussion and which had cutting edge expert evidence, while the last two cases (Fabrício Krettli and Oriovaldo Ferreira Júnior) lack a responsible for the crime. Subsequently, the field research is exposed: three professional operators of the law demonstrate their opinions on the subject and the professional reality in their areas. Finally, when analyzing the cases

studied together with the field research, it is concluded that in crimes of great social impact, the State is able to present cutting-edge expertise, unlike cases with less repercussion, in which the deficiencies of the investigative structure are exposed Brazilian.

KEY-WORDS: Rebound. Expertise. Penal Law. Proof. Crime.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PROVA. 2.1 PROVA TESTEMUNHAL. 2.2 PROVA PERICIAL. 2.2.1 Perito. 2.2.2 Legalidade da perícia. 3 REALIDADE BRASILEIRA NA PRODUÇÃO DE PROVAS. 3.1 CASO NARDONI. 3.3 CASO FABRÍCIO KRETTLI. 3.4 CASO ORIOVALDO FERREIRA JÚNIOR. 4 PESQUISA DE CAMPO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Para a comprovação e autenticidade de um acontecimento no mundo jurídico, é necessário o uso de um elemento chamando prova, originada do latim *proba*, que significa reconhecer, demonstrar. No meio judicial, prova é a exposição por meio de fundamentos legais, capazes de demonstrarem a existência ou não de um fato ou circunstância sobre o ato em discussão. Sendo assim, a função desta é influenciar na convicção do julgador.

Não é raro em crimes da esfera penal ocultar-se o corpo da vítima ou até mesmo extingui-lo completamente, dificultando a busca pelo autor do fato, e conseqüentemente dando margem à impunibilidade.

São nesses casos que verifica-se a importância da perícia criminal. É através dela que se torna possível a comprovação de um crime, mesmo não se tendo acesso ao corpo material do delito. Por meio de peritos é possível examinar os vestígios deixados no momento do crime, analisando-se manchas de sangue, objetos em potencial que poderiam ter sido utilizados, exames balísticos, etc. (ALENCAR; TAVORA, 2012)

Todavia, o processo de perícia custa caro e necessita de profissionais especializados. Sendo assim, muitas vezes em crimes ocorridos no Brasil, o papel da perícia é limitado, ou ainda completamente ausente devido à falta de estrutura estatal.

Abordar-se-á nesse artigo como o Estado Brasileiro envolve-se de maneira intensa em perícias criminais de casos de grande repercussão midiática, demonstrando tecnologia de ponta e trabalho constante dos peritos, quando ao mesmo tempo, em crimes não noticiados pela mídia, a perícia criminal sofre com ausência de estrutura adequada, ou ainda, nem sequer ocorre.

2 PROVA

A prova está intrínseca à demonstração da verdade dos fatos discutidos. Seu principal papel é convencer o julgador sobre o que realmente ocorreu, fornecendo a convicção no momento de realização da justiça. No sentido jurídico, o reconhecimento da veracidade dos fatos materiais expostos num processo se dá por meio da prova; é por meio dela que será possível a afirmação sobre a existência ou não do fato demonstrado. (SILVA, 1967)

Observando-se que o juiz irá aplicar o direito no caso em julgamento, para que julgue de forma reta é fundamental ter conhecimento pleno do ocorrido. Portanto, é de suma importância o uso de provas admissíveis no direito, que guiarão o magistrado na sua decisão final.

Segundo o entendimento de Eugênio Pacelli (2012, p.317):

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

No mesmo sentido, TOURINHO FILHO (2011) afirma que o objetivo principal das provas é auxiliar no convencimento do juiz sobre a verdade dos fatos, mostrando o que realmente ocorreu, possibilitando ao julgador fazer um juízo de valor e visando restaurar, na medida do possível, a verdade real.

Os meios de provas poderão ser tudo aquilo que engloba, direta ou indiretamente o que é defendido pelas partes no processo, como por exemplo documentos, testemunhas, perícias, etc.

2.1 PROVA TESTEMUNHAL

Um dos meios mais utilizados no processo penal, a prova testemunhal, refere-se àquela em que a testemunha comparece em juízo para compartilhar de seu conhecimento sobre o fato em questão.

ALVIM (1997) conceitua a prova testemunhal como aquela que é produzida no meio oral, perante o juiz, por meio de depoimento prestado por pessoa estranha à lide.

O artigo 202 do Código de Processo Penal informa sobre esse tipo de prova, indicando que qualquer pessoa pode ser testemunha, não impondo limitações quanto a idade ou capacidade civil. Ainda, observando o dispositivo legal, o artigo

203 do CPP dispõe que a testemunha, sob palavra de honra, deverá dizer sempre a verdade, demonstrando suas razões de ciência e circunstâncias de sua credibilidade.

Todavia, a prova testemunhal, muitas vezes é considerada frágil, uma vez que a verdade pode ser facilmente interpretada de diversas formas, ou até mesmo esquecida. Corroborando com esse pensamento, Ostrower (2006, p.167) explica que: “[...] O ser humano é, por natureza, um ser criativo. No ato de perceber, ele tenta interpretar e, nesse interpretar, já começa a criar. Não existe um momento de compreensão que não seja, ao mesmo tempo, de criação.”

Grande parte das ações penais dependem diretamente deste meio de prova, mas seus riscos são conhecidos no mundo jurídico. Nesse mesmo entendimento, o doutrinador NICOLITT (2010) também alerta sobre os riscos da prova testemunhal, que apesar de inegável valor probatório, é necessário levar em consideração que o ser humano não consegue reproduzir um fato do passado com completa fidelidade ao ocorrido. O nervosismo no momento do depoimento de testemunhas geralmente acaba assumindo o controle, dando brecha para a imprecisão das informações fornecidas.

2.2 PROVA PERICIAL

Desde os primórdios, o crime está enraizado na história da raça humana, seja ele provindo de disputas de poder, discórdias, ou até mesmo dos mais banais assuntos como são com frequência noticiados pela mídia.

Com a evolução da sociedade e da tecnologia, cada vez mais as infrações penais se tornam mais complexas e difíceis de solucionar. No homicídio por exemplo, não é raro esconder o corpo da vítima. Isso quando existe corpo, porque muitas vezes este nem sequer é encontrado.

Todavia, no mesmo caminho que a tecnologia avança para dificultar a procura pelos responsáveis homicidas, a mesma pode clarear a visão da polícia e dos operadores do direito na resolução dos mais diversos crimes.

É o caso da perícia criminal. Sua função é a procura de vestígios deixados no local do crime, como por exemplo marcas de sangue, dna, espermas, possíveis objetos utilizados para o delito, etc.

O doutrinador Fernando Capez conceitua perícia como:

O termo ‘perícia’, originário do latim *peritia* (habilidade especial), é um meio de prova que consiste em um exame elaborado por pessoa, em regra profissional, dotada de

formação e conhecimentos técnicos específicos, acerca de fatos necessários ao deslinde da causa. Trata-se de um juízo de valoração científica, artística, contábil avaliatório ou técnico, exercido por especialista, com o propósito de prestar auxílio ao magistrado em questões fora de sua área de conhecimento profissional. (CAPEZ, 2010. p.316)

Muitas vezes, o juiz não é o mais habilitado para decidir sobre questões técnicas num caso concreto, tendo em vista a complexidade e profundo conhecimento exigido em determinadas áreas científicas. Sendo assim, cabe ao magistrado fazer uso da perícia criminal para remover obscuridades ou dúvidas presentes no processo.

A atuação da perícia, como salienta ZAVERUCHA (2003), tem impacto direto nos índices de criminalidade e impunidade, expondo também que, a decisão judicial deve ter como base critérios objetivos e científicos, visando a plenitude das garantias fundamentais de todas as pessoas.

2.2.1 Perito

As perícias são realizadas pelo perito, que tem por significado aquele que é hábil em alguma ciência ou arte. Portanto, por tratar-se da área criminal, é da responsabilidade do perito a realização de exames técnicos e científicos para relatar como se deu o fato. Via de regra, essa pesquisa tem início onde ocorreu o delito, onde os vestígios se apresentam.

No que tange ao respeito do conceito de perito, CAPEZ (2012) conceitua-o como um auxiliar da justiça, não comum às partes, portador de alto conhecimento técnico e ausente de impedimentos ou incompatibilidades referentes ao processo.

De acordo com NETO (2005), o perito é um profissional de confiança estrita do magistrado, que auxilia nas questões técnicas expostas no processo, as quais podem surgir dos mais diversos campos das ciências, médicas, tecnológicas, contábeis, etc.

Finalizada a perícia, o profissional deverá encaminhar suas conclusões por meio do Laudo Pericial para a autoridade solicitante. Neste documento, estará exposto, com detalhes, os exames e resultados realizados, conforme explica TOURINO FILHO (2011. p.286): “Quando da lavratura do laudo, os peritos descreverão minuciosamente o que examinaram e responderão aos quesitos formulados[...]”.

Para o doutrinador TORNAGHI (1978) caso o perito limite-se a transmitir apenas seus conhecimentos técnicos ou científicos, a perícia torna-se apenas meio de prova, um testemunho. Porém, caso o perito emita juízo de valor a respeito dos fatos, demonstrando as possibilidades dos acontecimentos terem sido causados por outros meios, acaba trabalhando além da realidade, acrescentando probabilidades. Neste caso, a experiência do profissional é de suma importância.

Para exercer o cargo de perito, é necessário previamente a aprovação por meio de concurso público, juntamente com a formação superior específica em áreas determinadas, como dispõe o Código de Processo Penal em seu artigo 159: "O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. (BRASIL. Lei nº 11.690, 2008)

Com apenas um laudo, o trabalho do perito pode pôr fim às dúvidas pendentes num determinado caso. Portanto, o alto conhecimento técnico é fundamental para a atuação da profissão, auxiliando diretamente na justiça como um todo.

2.2.2 Legalidade da perícia

No Brasil, a apuração de crimes de homicídio, em regra, é feita pela Polícia Civil, conforme dispõe o artigo 144 §4º da Constituição Federal:

Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (BRASIL, 1988)

A investigação criminal é realizada através de um inquérito conduzido pela autoridade policial, consoante o artigo 4º do Código de Processo Penal: "A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria."

Sendo assim, apesar de ficar incumbida das atividades de natureza administrativa, como atendimento ao público, formalização de Boletim de Ocorrência, ou ainda registro de inquérito, a principal função da polícia civil é a de investigação criminal, conforme prevê o texto constitucional.

Na maior parte, as perícias são requisitadas na fase investigativa, o que o artigo 158 do CPP evidencia: "quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (Brasil, 1941).

Contudo, existe uma exceção à regra citada, consoante o artigo 167 CPP, caso os vestígios tenham desaparecido, não havendo nenhuma possibilidade de realização dos exames, este deverá ser substituído pelo depoimento de testemunhas.

O corpo de delito, segundo entendimento de MIRABETE (2001), é a junção dos vestígios materiais resultantes da infração penal, a materialidade do crime, o que pode ser visto, palpável, de uma maneira geral, que possa ser examinado através dos sentidos.

O artigo 159 do CPP estabelece que o exame do corpo de delito deve ser realizado por perito oficial. Porém, esse procedimento comporta uma exceção, em concordância com o texto legal do parágrafo 1º do mesmo artigo:

§ 1o Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. (BRASIL 1941)

A realização do laudo pericial é tão importante para o processo que, caso o mesmo não esteja presente no processo, pode acarretar a nulidade do ato, conforme prevê o artigo 564, III, B do CPP.

O laudo pericial, segundo entendimento de VELHO, GEISER, ESPINDULA, (2012), resume-se no resultado final do trabalho técnico-científico realizado pelos peritos, dotado de detalhes minuciosos e que tem por objetivo subsidiar a justiça em assuntos que geram dúvidas no processo.

3 REALIDADE BRASILEIRA NA PRODUÇÃO DE PROVAS

A investigação criminal sofre uma deficiência muito séria em nosso país, seja pela demora, ausência de elementos essenciais nos laudos periciais ou ainda pela completa falta de investigação.

[...] poucos casos são investigados. Ou o crime chega resolvido na delegacia ou o procedimento acaba quando da elaboração do BO. No cotidiano, as equipes redigem os boletins, os flagrantes trazidos pela MP e 'tocam' inquéritos de autoria conhecida. Investigação, raramente. (MINGARDI: 2013, p. 54)

Esses problemas, segundo alguns estudiosos como ALMEIDA (2012) justificam-se pela falta de integração entre as polícias judiciais, juntamente com um sistema único de informações policiais eficientes.

Porém, a falta de estrutura também é uma das maiores dificuldades para as investigações. Uma reportagem exibida pelo programa de televisão da Rede Globo-Fantástico em 02/10/2011, relatou a situação precária do cotidiano dos peritos brasileiros. Com o descaso de equipamentos básicos, os inquéritos acabam se acumulando, deixando muitos sem solução.

A ausência de peritos em São Paulo também foi assunto para o site de notícias G1. Em 13/06/2016 foram expostos os impactos diretos nas resoluções dos crimes devido à falta de estrutura:

A falta de peritos e médicos legistas tem provocado atrasos e outras complicações em investigações policiais de São Paulo. Responsáveis por conclusões de perícias importantes para punir ou inocentar acusados de crimes contra a vida, esses profissionais somam um déficit de 22,5% vagas, quase um quarto das disponíveis, no Instituto de Criminalística do estado. (O GLOBO, 2016)

As limitações da perícia brasileira também são mencionadas por MINGARDI (2013), resultado das condições precárias de trabalho, a falta de pessoal, e a cultura vigente abrem espaço para a prova testemunhal, enquanto as impressões digitais, por exemplo, são pouco utilizadas. O analista criminal, ainda faz menção ao banco de dados das impressões coletadas no local do crime, cuja estrutura não permite fazer comparações das impressões coletadas com as que existem arquivadas em um mesmo Estado.

3.1 CASO NARDONI

Na noite do dia 29 de março de 2008 ocorreu um dos crimes que mais chocou a nação brasileira: o caso Isabella Nardoni. Este caso refere-se à morte de uma menina de apenas cinco anos de idade que foi jogada do sexto andar do Edifício London, na rua Santa Leocádia, nº138 da Vila Guilherme em São Paulo.

A infeliz tragédia chamou a atenção da imprensa em âmbito nacional, sendo o desfecho de sua história acompanhado quase que diariamente pela mídia. Outro fato que também chamou atenção foi a tecnologia usada na apuração de um único crime como antes nunca fora visto.

De acordo com a matéria publicada no jornal O GLOBO (2008) os peritos responsáveis pela investigação do crime estiveram oito vezes no local do crime e vasculharam praticamente o Edifício London inteiro, desde o apartamento de onde a menina foi atirada até ao redor do edifício.

Além da presença incansável dos peritos na investigação, equipamentos de alta tecnologia também foram utilizados, como por exemplo o reagente químico 'luminol'. Este é nada mais do que um dos métodos mais eficazes em detectar sangue ocultado em cenas de crime e que foi de fundamental importância para a polícia na apuração de como se sucedeu o caso Nardoni. Uma dessas pistas foi a de que o rosto da vítima foi limpo com uma fralda e uma toalha, e ambas já haviam sido lavadas.

A utilização do 'crimescope', equipamento capaz de detectar a existência de sangue, sêmen e fibras em diversas superfícies, auxiliou os peritos na elaboração dos laudos. O inclusor e o micrótomo também fizeram parte da investigação do caso Nardoni. Esses equipamentos são capazes de analisar em nível microscópico tecidos do corpo humano, podendo determinar as condições de saúde que se encontravam as vítimas envolvidas em crimes ou acidentes. No caso em pauta, o uso desses dois instrumentos permitiram concluir que a menina Isabela foi esganada e morreu devido ao politraumatismo e asfixia provocados pela queda.

Porém, em depoimento ao jornal O GLOBO (2008), a advogada Flávia Rahal Bresser Pereira, presidenta do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, afirmou que a tecnologia presente no caso Nardoni não é padrão em todos os crimes: "O caso da menina Isabella não serve como referência de forma alguma. A falta de estrutura é absolutamente gritante. Esse caso é específico por causa da repercussão e, por isso, foi utilizado tudo de melhor para resolver." (O GLOBO, 2008)

A promotoria também utilizou duas maquetes para demonstrar o Edifício London e o apartamento do casal. Plantas do terreno do imóvel foram utilizadas como referência para fazer tudo fielmente aos fatos. Até mesmo as marcas de sangue e o corte da tela de proteção da janela do apartamento foram reproduzidos na miniatura do apartamento.

Segundo o site de notícias G1, em um artigo publicado em março de 2010, ao entrar em contato com a empresa responsável pelas maquetes, apesar de não poderem revelar o valor exato destas, afirmaram que por trabalhos desse tipo geralmente é cobrado em média entre R\$ 20mil e R\$ 30mil.

3.2 CASO LEONARDO LÍVIO

Na madrugada do dia 11 de janeiro de 2015, na avenida Epitácio Pessoa, em Joao Pessoa na Paraíba, um grave acidente de trânsito ceifou a vida de Leonardo Livio, ex- diretor do Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba (TRE-PB). Segundo o sargento Nilson, do Batalhão de Polícia de Trânsito, o condutor de um veículo Troller bateu no carro da vítima, que capotou e atingiu um poste. O ex diretor do TRE não resistiu aos ferimentos e acabou falecendo no local.

Leonardo Livio, além de diretor geral do TRE, foi secretário de Tecnologia e Informação do órgão e ainda foi responsável pelo processo de recadastramento biométrico em cidades da Paraíba.

A tragédia chamou a atenção da mídia, que acompanhou o caso do início até o desfecho. E não foi diferente do caso Nardoni. Os peritos estiveram constantemente no local do fato, até finalizarem o levantamento pericial na noite de quinta-feira (15), quatro dias após o acidente. O perito criminal Robson Félix, presente nas investigações, em entrevista dada à equipe da emissora TV Correio HD-Record afirmou:

Vamos fazer cálculos físicos e matemáticos dos números levantados de um trecho de mais de cem metros. Estamos com as imagens de circuito de câmera de uma loja e através dos dados obtidos na perícia e extraídos das imagens, através de um software avançado, vamos confirmar qual a velocidade real dos dois carros e se houve invasão de faixa do Troller (PEREIRA, 2015)

Além da atenção especial da perícia criminal, foram utilizadas, na apuração dos fatos, imagens de mais de duas câmeras próximas ao local do acidente, uma de um circuito interno de segurança de um estabelecimento comercial, outra de um prédio localizado na avenida Presidente Epitácio Pessoa. E ainda, imagens de uma câmera de segurança de uma clínica de ortopedia, possibilitando, assim, analisar como se deu o acidente por vários ângulos distintos.

De acordo com o laudo dos peritos criminais Robson Félix, Martinho Frazão e Márcia Gomes, Leonardo Lívio seguia pela avenida Epitácio Pessoa a 120 km/h. Ainda conforme o resultado da perícia, ao frear, o carro dele atingiu a velocidade de 105 km/h. Segundo as informações divulgadas pelos peritos do Instituto de Polícia Científica, o carro Troller, que é atingido pelo veículo de Leonardo Lívio, seguia a 45 km/h, no trecho da Epitácio onde a velocidade máxima permitida é de 60 km/h. (PEREIRA, 2015)

Por fim, com tecnologia de ponta e análise detalhada de um trecho de mais de 100 metros, os peritos foram capazes de refazer toda a cena do acidente por meio de uma animação em 3D, concluindo com precisão exata a velocidade em que se encontravam os veículos no momento da colisão.

3.3 CASO FABRÍCIO KRETTLI

Na noite de 11 de dezembro de 2012, às 22:30h Fabrício Krettli de Souza, de 22 anos, foi assassinado em frente à pizzaria dos pais, na rua Joaquim Afonso de Sousa, região da Cachoeirinha, zona norte de São Paulo.

O jovem conversava com seus amigos do lado de fora de seu carro, quando dois homens apareceram em outro carro anunciando um assalto. Porém, nada foi roubado. Um homem desceu do carro e atirou na cabeça da vítima, que ao cair, ainda recebeu mais um tiro no peito.

Fabricio foi levado ao pronto-socorro de Cachoeirinha, mas não resistiu aos ferimentos e morreu. Segundo amigos da vítima, a namorada de Fabricio vinha recebendo ameaças de um ex-namorado. O crime foi registrado no plantão do 13º Distrito Policial, da Casa Verde.

Em 17 de fevereiro de 2013, familiares e amigos de Fabrício Krettli realizaram na avenida Paulista um protesto pedindo justiça. Segundo os organizadores, mais de 200 pessoas participaram do movimento. Os familiares vestiram a camisa do Capitão América- super-herói predileto de Fabricio- e usaram fitas pretas ao redor da boca. Cartazes com as mensagens “A impunidade está entalada na garganta’ e ‘prisão para os assassinos” também fizeram parte do protesto.

Em entrevista ao jornal R7 do grupo Record, o irmão da vítima, Renan Krettli, afirmou que o protesto era uma maneira de chamar a atenção das autoridades, que, segundo ele, estão demorando para esclarecer o crime e principalmente, responsabilizar os culpados. “Além da perda, da dor, há ainda a dor de ter que se mobilizar para correr atrás de justiça. Até agora, não foi levantado um suspeito.” (R7, 2012)

Dois anos depois, ainda sem nenhuma solução para a tragédia, o Jornal da Globo procurou pelos pais de Fabrício, que já não moravam em São Paulo, com medo de morrer; e com a morte do filho ainda sem solução, fugiram para o interior da Bahia.

“Só lágrima, tristeza e dor da impunidade. De nada acontecer, você não ter resposta.” (R7, 2012) mencionou o casal que abandonou a pizzaria, salão de beleza e a própria casa. Tudo o que eles construíram com a ajuda do filho ficou para trás.

Dois jovens amigos da vítima tentaram ajudar nas investigações, “Tudo que a gente podia tentar levar para ajudar, a gente fez. Tentou falar aonde podia ter algumas filmagens do dia, da cena, como foi acontecido” (R7, 2012), afirmou um dos jovens.

Na época do crime, a namorada de Fabrício passou informações de um suspeito para a polícia, porém não foi investigado. Segundo ela: "O que eu ouço toda vez que eu vou até a polícia é que ninguém tem prova de nada. Mas, as possíveis provas que a gente levou até lá não foram nem verificadas". (R7, 2012)

3.4 CASO ORIOVALDO FERREIRA JÚNIOR

Diferente dos casos Nardoni e Leonardo Lívio, sem nenhuma repercussão midiática, o publicitário Oriovaldo Ferreira Júnior de 22 anos, faleceu ao cair do 18º andar de um edifício no bairro Brás, em São Paulo, na data de 26 de março de 2006.

O advogado Francisco Lúcio França em depoimento ao jornal O GLOBO, comentou sobre a morte de Oriovaldo: "Esse caso não teve a repercussão de mídia que o caso de Isabella está tendo. Essa é a diferença. Os delegados do 8ºDP não atenderam nem os pedidos do Ministério Público para que testemunhas fossem ouvidas." (O GLOBO, 2008)

O desinteresse em esclarecer a morte de Oriovaldo é tão grande, que segundo o advogado, foram ignorados no inquérito a presença do irmão da namorada da vítima no apartamento de onde supostamente caiu o publicitário.

Se outros casos, principalmente os que envolvem pessoas pobres, tivessem a atenção que o caso da menina Isabella está tendo, não tenho dúvida de que teríamos muitos mais crimes solucionados. É preciso o mesmo empenho, que os casos sejam tratados de igual para igual (O GLOBO, 2008)

Francisco afirmou que antes da queda houve uma violenta discussão no apartamento. O porteiro do edifício, ao ser chamado por vizinhos, foi impedido de entrar no apartamento por um terceiro. Segundo ele, Jéssica Barbosa Lima. Ao retornar ao posto, o porteiro deparou-se com o corpo de Oriovaldo na entrada do prédio.

4 PESQUISA DE CAMPO

Este capítulo tem por objetivo demonstrar a opinião de operadores do direito sobre a realidade de suas profissões no que tange à criação de provas em casos de grande e pequena repercussão na esfera penal, uma vez que foi de grande dificuldade encontrar materiais publicados sobre o assunto, e também trazer a prática profissional diária para mais próximo do trabalho apresentado.

O primeiro entrevistado foi Alex Fadel, Promotor de Justiça Estadual, atuante desde 18 de junho de 2010, que quando questionado sobre sua opinião de como o

Estado reage no momento de criação de provas em casos de grande repercussão, foi claro em afirmar que não se trata de influencia midiática, e sim de repercussão social:

A repercussão midiática não influencia na decisão do Estado quanto à produção de provas periciais.

[...]O que se leva em consideração é a repercussão social, ou seja, se o crime praticado chocou a sociedade, seja pela forma que se deu sua execução, sejam pelas pessoas envolvidas.

[...]Existe preocupação do Estado em produzir provas periciais em diversos casos, por diversas razões, contudo, em razão do alto índice de criminalidade no Brasil e da precariedade do sistema investigativo do país, que carece de mais profissionais e de uma quantidade maior de aparelhos utilizados nas diligências investigativas para a elaboração de provas periciais, o Poder Público não consegue envidar o mesmo esforço pericial e investigativo em todos os casos, havendo que conferir maior atenção àqueles tidos como prioritários, quais sejam, aqueles nos quais existe dúvida séria acerca da autoria e/ou materialidade, dúvida esta que pode ser dirimida por meio da realização de determinado exame pericial[...] (FADEL, 2016)

Policial federal há 4 anos, Rodrigo Borges Sergik ao responder a pergunta em pauta, denunciou o tratamento diferenciado que o Estado dá para casos de grande impacto na sociedade:

[...] tendo-se em vista a manutenção social, função do direito penal, ao lado de outras, a polícia (e sua atividade produtora de 'provas') também é instrumental. Logo, como instrumento, é óbvia a utilização de seus recursos em casos determinados, em que haja interesse na resolução do fato, seja pela repercussão social, seja pela qualidade dos envolvidos, como ocorreu, recentemente, nas olimpíadas do Rio de Janeiro, no caso Ryan Lochte- se esta situação específica foi resolvida com notória facilidade, o foi por haver interesse e demonstra que outras tantas, inclusive mais importantes na proteção de bens jurídicos, também poderiam ter sido (mas não foram, por falta de vontade estatal). (SERGIK, 2016)

Uma segunda agente da polícia federal também foi questionada sobre o tratamento diferenciado em determinados crimes. Por motivos pessoais, preferiu apenas revelar as iniciais de seu nome para a pesquisa apresentada:

A reação do Estado é proporcional à complexidade dos casos, ou seja, casos em maior dificuldade de elucidação exigem o emprego de maiores e melhores recursos. Em casos de grande repercussão, a resposta precisa ser rápida e, geralmente, são disponibilizados mais recursos materiais e humanos para a solução da situação. (CETG, 2016)

Apesar de algumas divergências sobre a repercussão social e midiática de cada caso, os três participantes da pesquisa apresentaram um ponto em comum: a falta de equipamentos e pessoas qualificadas que a perícia criminal no Brasil carrega diariamente na elucidação dos crimes, deixando claro que, infelizmente, em determinadas situações, a deficiência estrutural do estado pode prejudicar diretamente o andamento da resolução de um delito investigado no meio judicial.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo, que teve como objetivo discutir a demasiada preocupação que o estado possui na investigação de crimes de grande repercussão, em especial quando comparado a outros casos de menor impacto social, demonstrou que as perícias criminais são tratadas de forma desproporcional em determinados casos.

Nesse contexto, observou-se que a prova criminal é fundamental no processo penal, uma vez que trata da demonstração da verdade dos acontecimentos em discussão. Logo, a perícia criminal é de suma importância para o mundo jurídico, uma vez que com seus recursos torna-se possível analisar todo o contexto em que ocorreu o crime, seja na análise de câmeras próximas ao local do fato, reproduções do fato, estudo de partículas de manchas de sangue e tecidos do corpo humano, exames de dna, etc.

Também ficou claro que apesar de seu valor probatório, a prova testemunhal é conhecida pelos seus impedimentos no que concerne à sua veracidade, uma vez que por se tratar exclusivamente da memória humana, esta é sujeita ao erro, podendo comprometer o processo juntamente com a realização final da justiça.

Todavia, viu-se ainda as dificuldades que o sistema investigatório no Brasil sofre, seja pela falta de pessoal qualificado ou equipamentos de ponta, os atrasos nos laudos e a não investigação de delitos são as principais consequências dos déficits estruturais investigativos no país.

Essa realidade ficou demonstrada no caso de Fabrício Krettli, em que a vítima foi assassinada de forma trágica, e mesmo com a ajuda de amigos conhecidos, a família não obteve solução alguma para o crime, resolvendo então abandonar a

cidade em que moravam, deixando sua empresa e casa própria, e fugindo para outro canto do país, com medo da impunidade.

Ainda nesse sentido, os entrevistados Alex Fadel e Rodrigo Borges Sergik também expuseram que de fato a perícia criminal brasileira carece de uma estrutura de qualidade e suficiente para toda a população.

Ocorre que, o caso Nardoni por exemplo, contou com a mais alta tecnologia pericial disponível no país, como antes nunca fora visto. Peritos trabalhando dia e noite em prol da resolução do crime, exames de dna, uso de equipamentos como luminol, crimescope e ainda maquetes sobre como a menina Isabella faleceu foram usadas constantemente no curso do processo.

É claro que a morte da filha do casal Nardoni se deu de forma incomum, fugindo do padrão criminal brasileiro, uma vez que se tratava de alguém com vínculo familiar e que foi arremessada da janela de um prédio.

Porém, como foi estudado, a morte do publicitário Oriovaldo Ferreira Júnior se deu de forma parecida, apesar de não ser uma criança, Oriovaldo também foi jogado de um prédio. A diferença marcante entre os dois casos é que a morte de Isabella foi notícia em todo o Brasil, sendo acompanhada diariamente pelos meios midiáticos; enquanto a morte de Oriovaldo, como também expos o advogado Francisco Lúcio França, não teve nem de perto a mesma repercussão social e midiática.

Não obstante, o caso da morte de Leonardo Lívio, ex diretor geral do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, também foi alvo da desigualdade do sistema pericial brasileiro. Com reproduções do acidente de trânsito em 3D, e trabalho constante por mais de quatro dias dos peritos, todas as informações possíveis foram levantadas, velocidade de ambos os carros, como se deu o acidente, imagens de mais de três câmeras ao redor do local do crime, etc. Enquanto a morte de Fabrício Ketrli, como citado anteriormente, ainda aguarda um responsável.

O que diferencia Leonardo e Fabrício, além do primeiro se tratar de um acidente de trânsito, e o segundo de um assassinato a mão armada, é que Leonardo era uma pessoa com atividades de alto cunho social, sua morte foi notícia nacional, enquanto Fabrício não teve a mesma repercussão.

Sendo assim, fica clara a desproporcionalidade das investigações em crimes que chocaram a sociedade, ou que as vítimas eram conhecidas pela sua notória atuação social, em que a perícia faz uso do seu potencial máximo, sendo na tecnologia empregada ou nos profissionais envolvidos. Enquanto em crimes que não envolvem vítimas das mesmas qualidades, que sua morte não foi noticiada e

consequentemente não repercutiu tão gravemente no meio social, ficam expostas as dificuldades e problemas do sistema investigatório brasileiro.

Para as famílias das vítimas, todas as mortes são trágicas, independentemente de como aconteceu. Ocorre que, é revoltante analisar-se um crime como o de Isabella Nardoni e ter-se uma quantidade imensa de provas periciais com uso da mais alta tecnologia, enquanto que no caso de Fabrício foi de grande dificuldade encontrar-se informações sobre sua morte.

A perícia criminal tem um poder imenso na resolução dos mais diversos crimes, e o Brasil possui o potencial necessário para fazer bom uso dessa ciência criminal, como ficou claro pela qualidade das provas apresentadas nos casos Nardoni e Leonardo Lívio.

Porém, essa mesma perícia de ponta precisa estar disponível para todos os casos, independentemente de quem for a vítima, se foi ou não de grande repercussão social, ou ainda se a mídia acompanhou ou não o caso.

Portanto, reformas na estrutura do sistema pericial são urgentes, como contratação de novos profissionais, equipamentos contemporâneos em mais unidades policiais e uma maior colaboração entre o governo e institutos privados que fazem uso de exames de dna ou análise de partículas relevantes para as investigações são exemplos de medidas que o governo poderia adotar para alcançar a igualdade de tratamento entre as investigações criminais.

Afinal, como menciona o artigo 5º da Constituição Federal, todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção de qualquer natureza, logo todos merecem o mesmo tratamento em todas as esferas do direito.

REFERÊNCIAS

ALAN AZEVEDO (Paraíba) (Ed.). **Acidente mata ex-diretor do TRE da Paraíba; delegada diz que ele estava em alta velocidade.** 2015. Disponível em: <<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/cidades/transito-e-transportes/2015/01/11/NWS,252683,4,418,NOTICIAS,2190-ACIDENTE-EPITACIO-MORTO-CARRO-DESTRUIDO-230-MOTOCICLISTA-TAMBEM-MORREU.aspx>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

ALMEIDA, Helder Carvalho de. **Contra a unificação das polícias. A favor da integração das polícias judiciárias e do sistema de informações policiais.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3258, 2 jun. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21910>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

AVERUCHA, Jorge. **Polícia Civil de Pernambuco: o desafio da reforma**. Editorada Universidade Federal de Pernambuco, 3ª edição, 2003, 194p.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 de julho. 2016.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Promulgado em 03 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em: 17 de julho. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 de julho. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2010, p. 316.

CETG. Entrevista concedida a Ecleziast de Paula Galvão Junior. Cascavel, 24 ago. 2016.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 1967. Vol. III, pág. 1.253.

ESPÍNDULA, Alberi. VELHO, Jesus Antônio. GEISER, Gustavo Caminoto. **Ciências Forenses - Uma Introdução às Principais Áreas da Criminalística Moderna**. Editora Millenium.

FADEL, Alex. Entrevista concedida a Ecleziast de Paula Galvão Junior. Cascavel, 23 ago. 2016

FANTASTICO. **Situação da perícia criminal no Brasil é precária**. 2014. Disponível em: <<http://periciacriminal.com/novosite/2014/05/27/fantastico-situacao-da-pericia-criminal-brasil-e-precaria/>>. Acesso em: 06 ago. 2016.

FUDOLI, Rodrigo de Abreu. **Lei nº. 11.690/08: reforma do tratamento das provas no Código de Processo Penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1821, 26 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11430>>. Acesso em: 22 mar 2009.

G1 GLOBO (Sao Paulo) (Ed.). **Falta de peritos criminais atrasa investigações em SP.** 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/06/falta-de-peritos-criminais-atrasa-investigacoes-em-sp.html>>. Acesso em: 08 ago. 2016.

GLOBO, G1. **Maquetes usadas em julgamento podem ter custado R\$ 30 mil.** 2010. Com informações do Bom Dia São Paulo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1542329-15528,00-MAQUETES+USADAS+EM+JULGAMENTO+PODEM+TER+CUSTADO+R+MIL.html>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

JORNAL AMAZONIA (Amazonia) (Ed.). **Agressões à menina começaram em festa.** 2008. Disponível em: <<http://www.orm.com.br/amazoniajornal/interna/default.asp?modulo=222&codigo=337206>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

MAIA NETO, Francisco. **A Prova pericial no Processo Civil.** Belo Horizonte: DelRey, 2005.

MINGARDI, Guaraci. Política de segurança: os desafios de uma reforma. São Paulo: Perseu Abramo, 2013.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado.** 8ª ed.; São Paulo: Atlas, 2001.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.410.

O GLOBO. Sao Paulo, 20 abr. 2008. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/415575/noticia.htm?sequencia=1>>. Acesso em: 19 ago. 2016.

ORIGINAL 123 ASSESSORIA DE IMPRENSA (Sao Paulo) (Ed.). **Tecnologia usada no caso Isabella ainda é rara no país.** 2008. Disponível em: <<http://www.original123.com.br/assessoria/2008/04/19/tecnologia-usada-no-caso-isabella-ainda-rara-no-pas/>>. Acesso em: 14 ago. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 16. ed., atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Hyldo. Tv Correio. **Peritos checam envolvimento de veículos na morte de ex-diretor do TRE em João Pessoa.** 2015. Disponível em: <<http://portalcorreio.uol.com.br/noticias/cidades/transito-e-transportes/2015/03/26/NWS,256689,4,418,NOTICIAS,2190-PERICIA-REFAZ-MOMENTO-ACIDENTE-MATOU-DIRETOR-TRE-ASSISTA-VIDEO.aspx>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

R7 (Sao Paulo). **Protesto pede prisão de culpados pela morte de jovem morto em frente à pizzaria dos pais, em SP.**2012. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/sao-paulo/protesto-pede-prisao-de-culpados-pela-morte-de-jovem-morto-em-frente-a-pizzaria-dos-pais-em-sp-17022013>>. Acesso em: 17 ago. 2016.

SERGIK, Rodrigo Borges. Entrevista concedida a Eczeiast de Paula Galvão Junior. Cascavel, 24 ago. 2016

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 2012, p. 407.

TORNAGHI, Hélio, **Instituições de Processo Penal**, vol. IV, 2º ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 3. 33 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 286

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.v. 1.

UOL, Bol. **Entenda o caso da morte da menina Isabella Oliveira Nardoni.** 2008. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/brasil/2008/04/03/ult4733u14514.jhtm>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

CRIME DE TRÂNSITO NA MODALIDADE CULPOSA EM RAZÃO DE INGESTÃO DE ÁLCOOL

WILLY VIEIRA CIRIBELE DE ASSIS:

Graduando no curso de Direito -
Centro Universitário UNA - Contagem.

WELLERSON VIEIRA CIRIBELE DE ASSIS

(coautor)¹⁶⁴

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar as consequências perante a lei da conduta de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, crime conhecido como embriaguez ao volante, cometido em vias públicas ou particulares, as formas de cometimento, diferentes formas de criminalização, decisões sobre a sua punição, atenuantes e agravantes, bem como prática desse crime contribui para o crescente aumento de acidentes com veículos automotores em todo território nacional.

PALAVRAS CHAVES: Embriaguez ao volante; Acidentes de trânsito; Crime Culposos;

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the consequences under the law of the conduct of driving a motor vehicle under the influence of alcohol or other psychoactive substance, a crime known as drunk driving, committed on public or private roads, the different ways of committing forms of criminalization, decisions about their punishment, mitigating and aggravating factors, as well as the practice of this crime contributes to the growing increase in motor vehicle accidents throughout the national territory.

KEYWORDS: Drunk Driving; Traffic Accidents; Culprit Crime;

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 O CONTEXTO EM QUE OCORRE O CRIME DE TRÂNSITO; 2.1 O crime de trânsito; 2.2 A diferença entre dolo eventual e culpa consciente no crime de trânsito; 2.3 O álcool como fator responsável pelo acidente de trânsito; 3 ANÁLISE DE SITUAÇÕES REAIS QUE ENVOLVEM VÍTIMA FATAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, EM CASO DE EMBRIAGUEZ NO VOLANTE; 3.1 A jurisprudência em teses do STJ sobre crimes de trânsito; 3.2 A vedação da prisão em flagrante em crime de trânsito quando há socorro à vítima; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

¹⁶⁴ Graduando no curso de Direito - Centro Universitário UNA - Contagem.

No dia a dia, o homem cada vez mais tem-se tornado dependente de automóvel, pois seu uso além de ser considerado símbolo de status, auxilia no transporte de pessoas ou coisas, facilitando de forma considerável as atividades corriqueiras. Porém seu uso de forma irresponsável pelo condutor, pode se tornar uma arma muito perigosa, e tal situação tende a piorar com a ingestão de álcool. Para tanto, fez-se necessário a implementação uma lei própria para regulamentar o uso deste instrumento de transporte em vias terrestres brasileiras, com a finalidade de educar os motoristas, evitar acidentes por ingestão de álcool, coibir os condutores que insistem em dirigir alcoolizados, bem como punir de forma administrativa e pecuniária aqueles que infringirem a lei.

Tais diretrizes são estabelecidas pelo Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que dentre várias vertentes relativas ao trânsito, dele se extrai também a regulamentação quanto a direção de veículo automotor por uso de álcool.

Não era possível punir este condutor ao nível que seria justo para o afetado usando o Código Penal. Por essa razão foi de extrema importância que o Código de Trânsito Brasileiro tomasse para si tal responsabilidade, mesmo assim, não é possível afirmar que aquela pessoa que fez uso de álcool e assume a direção de um veículo, vindo a causar a morte de terceiros tenha essa intenção, trazendo para o crime cometido por ele a forma culposa.

Portanto, parte-se da premissa que a pessoa não assume a direção de um automóvel com o intuito de matar alguém, e sim, que algo além de sua vontade o conduza a esse acidente, neste sentido, mesmo havendo o homicídio, o responsável por dar causa a ele responderá culposamente e não dolosamente.

2 O CONTEXTO EM QUE OCORRE O CRIME DE TRÂNSITO

Por ser um país motorizado, não somente por automóveis, mas também por veículos de carga, pois a grande parte do transporte de bens é realizada pelas rodovias, tornando o tráfego intenso e demonstrando a importância de leis que regularizem essa forma de transitar, mas a lei como modo de repressão aos acidentes de trânsito deve ser considerada apenas uma das formas de controle, a intimidação penal não resolve os extensos problemas apresentados, pois a lei não é totalmente eficaz por não ser dura o bastante.

A embriaguez não ocorre somente pelo álcool, mas por qualquer substância que modifique o comportamento psicossomático de alguém, mas ela se torna contravençional assim que o agente assume a direção de um veículo automotor causando risco a segurança de terceiros.

Mesmo que essa condição de dirigir esteja alterada a autoridade não pode coagir o condutor a se incriminar, pois se isso acontecer de alguma forma poderá invalidar totalmente ato, como descrito nas palavras de Nelson Hungria, "uma das condições precípua da confissão, para que tenha mérito de prova, é que seja prestada livremente, sem coação, sem violência física ou moral". Voto no HC 37.921/SE, rel. min. Nelson Hungria, Pleno, 14-9-1960

Caso exista, essa coação tornaria todas as provas produzidas durante a investigação do crime totalmente sem valor probatório.

2.1 O CRIME DE TRÂNSITO

O Código Penal no parágrafo único do artigo 18 diz que "salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente."

Para tanto, o CTB precisava sanar a deficiência da sanção imputada ao praticante de crime de trânsito sob a influência de álcool. Os crimes culposos acontecem quando não há intenção, ou seja, quando são alheios a vontade do agente, pois se dão por negligência, imprudência ou imperícia, qualquer uma das três nos remete a culpa na prática do acidente de trânsito. Quando o crime acontece de forma culposa o direito penal o enquadra como crime de homicídio culposo no trânsito, o que significa que o agente será julgado pelo Código de Trânsito Brasileiro.

Diz o CTB no seu o artigo 302 que "praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor" (BRASIL, 1940).

Portanto para que tal dispositivo seja aplicado, não basta que o homicídio seja praticado em via pública ou particular, tem que ser na direção de veículo automotor e tal dispositivo é o mais apropriado a se aplicar por ter uma pena mais severa, o que não ofende a proporcionalidade, sendo, portanto constitucional. Este artigo define a sanção que deverá ser imposta ao condutor delituoso na direção de veículo automotor, e no seu parágrafo 3º, explica que a pena será elevada para a reclusão de cinco a oito anos caso tenha havido a ingestão de álcool. Explana o parágrafo:

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência": Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL, 1940)

Em decisão sobre a constitucionalidade do artigo 302 do CTB, foi definido pelas ilustríssimas Ministras ELLEN GRACIE e CÁRMEN LÚCIA:

3. O princípio da isonomia não impede o tratamento diversificado das situações quando houver elemento de discrimen razoável, o que efetivamente ocorre no tema em questão. A maior frequência de acidentes de trânsito, com vítimas fatais, ensejou a aprovação do projeto de lei, inclusive com o tratamento mais rigoroso contido no art. 302, parágrafo único, da Lei nº 9.503/97. 4. A majoração das margens penais - comparativamente ao tratamento dado pelo art. 121, § 3º, do Código Penal - demonstra o enfoque maior no desvalor do resultado, notadamente em razão da realidade brasileira envolvendo os homicídios culposos provocados por indivíduos na direção de veículo automotor. 5. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (RE 428.864-AgR, Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 14.11.2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 831.778-AgR, Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe 4.3.2011)

Tal decisão serviu para efetivar a eficácia da lei nova, pois é necessário que tais dispositivos se modernizem para dirimir as questões apresentadas pela sociedade.

O método mais usado no Brasil para constatar o uso de álcool por condutor é o bafômetro, mas ele apenas irá demonstrar se foi ingerida alguma substância alcoólica e o seu nível pelo volume de álcool expelido através do ar, pode o condutor não apresenta sinais de embriaguez algum, pois o homem apresenta formas diferentes de tolerância ao álcool, vejamos as palavras do médico Genival Veloso:

Uma mesma quantidade de álcool ministrada a várias pessoas pode acarretar, em cada uma, efeitos diversos. Igualmente, pode produzir em um mesmo indivíduo efeitos diferentes, dadas circunstâncias meramente ocasionais. Alguns se embriagam com pequenas quantidades e outros ingerem grandes porções, revelando uma estranha resistência ao álcool. Assim,

tolerância é a capacidade maior ou menor que uma pessoa tem de se embriagar. (Medicina legal / Genival Veloso de França. - 11. ed. - [Reimpr.]. - Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 2019-pág. 408)

Essas palavras servem para demonstrar a necessidade do aparelhamento das autoridades na identificação do condutor que houver ingerido álcool, pois há indivíduos que ingerem bebidas alcoólicas e não demonstram nenhum sinal de embriaguez, sendo impossível a sua autuação pelos órgãos competentes sem um instrumento medidor.

Com as mudanças advindas da lei 13.546 de 2018 foram feitas alterações no CTB, mas especificamente em seus artigos 302 e 303, agora quando o motorista der causa a uma morte estando ele na direção de veículo automotor e embriagado ele pode ter a pena de reclusão e essa pode ser iniciada no regime fechado, e ele não terá direito a fiança arbitrada pela autoridade policial.

Em casos de acidente que vierem a resultar em lesão corporal grave ou gravíssima a alteração do artigo 303 do CTB foi a diferenciação das lesões tipificadas no art. 129 do Código Penal, tornando esse crime inafiançável, pois antes ele era considerado de menor potencial ofensivo.

2.2 A DIFERENÇA ENTRE DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NO CRIME DE TRÂNSITO

O dolo eventual e a culpa consciente são dois institutos muito parecidos, sendo o primeiro aquele em que quem o faz, aceita o risco de que a sua ação pode resultar em dano à integridade de outrem, enquanto na culpa consciente o agente não acredita que a sua ação irá resultar em sua ocorrência, quando voluntariamente se ingere bebida alcoólica e assume a direção de um automóvel o agente tem a falsa impressão que está totalmente apto a exercer aquela função no momento e que não causará mal algum a outras pessoas, é muito comum ouvir pessoas dizendo que dirigem melhor quando estão sob influência de álcool, mas na verdade estão com seus sentidos afetados e com a coragem aguçada ao extremo, o dolo eventual se daria na situação em que o condutor mesmo sabendo que seu veículo não estava em condição de trafegar o faz assim mesmo, como um indivíduo que sabe que não havia freios no carro e assume o risco de conduzir nessa situação, vindo assim causar um acidente, ele sabe que pode acontecer, mas tem para si que conseguirá evitar como exposto nas palavras do renomado jurista Rogério Greco "na culpa consciente, o agente sinceramente acredita que pode evitar o resultado; no dolo eventual, o agente não quer diretamente produzir o resultado, mas, se este vier a acontecer, pouco importa".

Apesar de serem bem parecidos, o dolo eventual e a culpa consciente possuem efeitos práticos bem diferentes, tanto na forma de punição quanto a preparação até o evento se baseando totalmente na intenção do agente causador.

Em tese adotada pelo STJ não há relação de consunção entre a embriaguez e lesão corporal culposa, já que o consumo de bebida alcoólica não pode ser visto como meio de preparação para o cometimento do segundo:

Segundo o entendimento que prevalece nesta Corte Superior de Justiça, "os crimes de embriaguez ao volante e o de lesão corporal culposa em direção de veículo automotor são autônomos e o primeiro não é meio normal, nem fase de preparação ou execução para o cometimento do segundo, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção. Precedentes." (AgRg no REsp 1.688.517/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2017, DJe 15/12/2017)." (AgRg no HC 442.850/MS, j. 25/09/2018)

Assim, podemos dizer que o agente causador do fato mesmo estando embriagado não o fez de forma dolosa, pois ele não sabia que podia causar lesão a outras pessoas, o causador não se preparou para situação, foi surpreendido pela circunstância danosa feita por ele.

Para que se tenha a classificação do crime em culpa consciente ou dolo eventual é necessário analisar a circunstância de cada caso, pois não é possível usar o mesmo parâmetro para todos, não havendo como provar o dolo deve-se abster somente a culpa, mesmo que o teor de álcool do indivíduo esteja acima do limite, não se pode afirmar o dolo por simples presunção que por embriaguez ele tinha a intenção. Com isso temos a opinião de Francisco de Assis Toledo sobre a diferenciação de culpa consciente e dolo eventual:

A diferença é que na culpa consciente o agente não quer o resultado nem assume, deliberadamente, o risco de produzi-lo. Apesar de sabê-lo possível, acredita sinceramente poder evitá-lo, o que só não ocorre por erro de cálculo ou erro na execução. No dolo eventual, o agente não só prevê o resultado danoso como também o aceita como uma das alternativas possíveis. É como se pensasse: vejo o perigo, sei de sua possibilidade, mas, apesar disso, dê no que der, vou

praticar o ato arriscado. (Francisco de Assis Toledo - Princípios Básicos de Direito Penal - Ed. Saraiva - 1987 - Pág. 291)

Como descrito pelo autor é possível diferenciar as modalidades referidas pelo fato do risco assumido, no dolo eventual existe o conhecimento do mesmo e o infrator o ignora, mas na culpa consciente não assume esse risco, ele simplesmente não se previne, e quando o mesmo vem a acontecer o surpreende.

Diferente de outras decisões o Ministro Ricardo Lewandowski decidiu por negar o Habeas Corpus a um réu que havia causado a morte de uma pessoa por acidente de trânsito em estado de embriaguez, o autor do homicídio já havia sido julgado pelo tribunal do júri pelo crime praticado com dolo eventual, o paciente apresentava todos os elementos para configuração do crime descrito, então, esse foi o entendimento do Ministro em sua decisão:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. ORDEM DENEGADA. (HABEAS CORPUS 115.352 DISTRITO FEDERAL)

Esta decisão trouxe uma luz no fim do túnel para os afetados por acidentes causados por condutores embriagados, este entendimento serviu como base para várias decisões posteriores.

2.3 O ÁLCOOL COMO FATOR RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE DE TRÂNSITO

No ano de 2019 foram solicitadas mais de seiscentas mil indenizações por acidente de trânsito no Brasil, e nesse mesmo ano o seguro DPVAT realizou mais de trezentos e cinquenta mil pagamentos, só por morte foram 47.233 (quarenta e sete mil duzentas e trinta e três) solicitações à seguradora Lider, houve um aumento de 8% em relação ao ano de 2018.

Com uma rápida visualização do panorama apresentado é possível notar que mesmo com a lei seca sendo aplicada quando se está na direção de um veículo automotor o número de acidentes aumentaram consideravelmente, um dos motivos desse aumento é a certeza da impunidade ao dirigir após o consumo de álcool, pois

sabemos que a chance de ser flagrados por uma autoridade enquanto praticamos essa infração é mínima, geralmente as pessoas que se acidentam durante o ato percorrem pequenas distâncias com seus veículos no momento do acidente, e esse trajeto é feito dentro de bairros residenciais, o que diminui drasticamente a possibilidade de ser fiscalizado nesse período de cometimento do crime de embriaguez ao volante.

Hoje a lei de trânsito trava uma batalha contra a embriaguez ao volante que ainda está longe do fim, os acidentes de trânsito é a segunda maior causa de mortes no Brasil, o CTB inovou ao prever a aplicação de multa a quem se negar ao teste do bafômetro, com a alteração do artigo 165-A "recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277".

A nova lei determina que quem sopra o bafômetro e tem um teste positivo terá as mesmas consequências de quem não se submete ao teste, mas quem não o faz ainda livrar-se de ser autuado no crime de trânsito, como determinado que no Brasil ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo o condutor infrator pode se negar ao teste mesmo que tenha dado causa a um homicídio enquanto conduzia um veículo automotor.

A Lei Federal 11.705 de 19 de Junho de 2008 entrou em vigor para tentar coibir a embriaguez ao volante, mas não obteve o resultado esperado, mas sem ela com certeza os números seriam bem maiores, hoje a tolerância de álcool no sangue enquanto dirige é zero, qualquer nível acima disso já é considerado infração, existe um limite de 0,5 decigramas de álcool no sangue que serve apenas para corrigir a margem de erro do aparelho, e qualquer motorista que for flagrado com nível acima deste está sujeito a multa, suspensão do direito de dirigir e se causar acidente com lesão corporal a uma pena de cinco anos de reclusão, no caso de morte da vítima essa pena pode chegar a oito anos.

Entre o ano de vigência da nova lei e o ano de 2018 foram cometidas 193.331 infrações por motoristas que dirigiam alcoolizados ou sobre o efeito de outras substâncias proibidas, mesmo com o endurecimento da lei, a sensação de impunidade continua aumentando, pois as pessoas confiam que acontecerá somente com os outros, tem se a certeza que não serão vítimas dessa fatalidade.

Em entendimento do STJ e do STF para a caracterização do dolo eventual se faz necessário que haja outros elementos de demérito em relação ao condutor, só o fato da embriaguez ao volante não caracteriza o dolo, ele deverá associar a essa condição fatos que comprovem o seu total descaso com a vida humana, como dirigir em alta velocidade, ou na contramão de direção, ou sobre passeio público são

algumas formas de se atestar que ele assumiu o risco sem se importar com o que pudesse ocasionar. Nesse caso ele será julgado pelo tribunal do júri.

Já se tem decisões do STF em desfavor do réu que após provocar acidente com vítimas fatais e ser atestada a embriaguez ao volante e outros elementos que caracterizam o dolo eventual, lhe foi negado a descaracterização do dolo para o culposo:

1. Apresentada denúncia por homicídio na condução de veículo automotor, na modalidade de dolo eventual, havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposo antes da análise a ser perquirida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. (HABEAS CORPUS 121.654 MINAS GERAIS)

Nesse caso, segundo o Supremo, o dolo eventual não foi caracterizado apenas pelo fato da embriaguez, mas os elementos de associados a assunção do risco, deixando assim de ser crime de trânsito e se transformando em crime doloso do artigo 121 do Código Penal.

3 A ANÁLISE DE SITUAÇÕES REAIS QUE ENVOLVEM VÍTIMA FATAL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO, EM CASO DE EMBRIAGUEZ NO VOLANTE

Os acidentes de trânsito no Brasil são responsáveis por quase cinquenta mil mortes por ano, portanto não pode ser tratado como simples acontecimentos, a cada fatalidade ocorrida por irresponsabilidade do condutor várias famílias são afetadas, e depois de consumado o fato o único caminho para consolar os atingidos é a aplicação da lei em sua forma punitiva, tanto para os que perdem os entes queridos quanto para os que têm a sua vida totalmente modificada pelas sequelas físicas que advém do fato, muitos tem a coordenação e do corpo perdidos em decorrência do ato praticado por motoristas embriagados.

Dessa forma a lei não pode ser omissa em se posicionar diante de tais acontecimentos, dando a toda sociedade uma resposta a altura do dano causado, tendo como parâmetro o fato causador e os meios que contribuíram para que se chegasse a esse fim.

Diante do dever de agir, os órgãos julgadores tem se posicionado cada vez mais a favor da punição de forma mais severa dos infratores, trazendo para a

sociedade uma sensação de segurança quanto a resposta da lei para o cometimento do crime.

O STF (Supremo Tribunal Federal) em 2018 decidiu negar Habeas Corpus para um motorista embriagado condenado por homicídio doloso em uma colisão com vítima fatal, assim disse o relator Ministro Luís Roberto Barroso “a única forma de se coibir essa quantidade maciça de jovens e direção embriagada é tratar isso com a seriedade penal que merece. Não é possível glamourizar a bebida no trânsito, sobretudo quando resulta em morte”. (HC 124687)

O condenado pedia a desclassificação do crime de dolo eventual para o culposo, afastando assim a pena de reclusão, o pedido foi negado diante dos fatos em que se deu o acidente.

É nítido para todos que o acusado não tomou a direção de seu veículo com a intenção de mais a frente matar alguém, mas todos os meios usados por ele até a consumação do crime foram em seu desfavor, o indivíduo se encontrava embriagado e na contramão de direção, vindo a causar um acidente que culminou com a morte de um motociclista em decorrência da colisão frontal causada pelo réu.

O fato narrado se deu em 2009, e não houve teste de bafômetro ou de sangue no condutor infrator, apenas foi atestado pelos atendes do Serviço Móvel de Urgência que o réu apresentava hálito etílico.

Os ministros entenderam que o álcool foi o elemento preponderante para o aumento da coragem e imprudência do jovem causador do fato delitivo, sabe-se que não é normal se ver automóveis trafegando em alta velocidade na contramão de direção em área urbana, e é claro que o simples fato do agente causador do dano se recusar ao exame do teor alcoólico se torna quase uma confissão da ingestão de bebidas alcoólicas.

Mas cada caso deverá ser analisado de uma forma, como explanado pela relatora Desembargadora do TJMG Maria Luíza de Marilac:

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. CULPA CONSCIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. Para que se conclua se o crime foi praticado com dolo eventual ou culpa consciente é necessário examinar as circunstâncias de cada caso, não sendo possível aplicar fórmulas pré-determinadas. 2. Inexistindo nos autos elementos suficientes para comprovar que o agente, com sua conduta, assumiu o

risco de produzir o resultado morte, a desclassificação é medida que se impõe, reconhecendo-se a existência de culpa consciente e não de dolo eventual. (TJMG - Emb. Infring e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac , 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da sumula em 03/07/2014)

O presente caso trata-se do pedido de desclassificação de crime de dolo eventual para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, o réu foi acusado por duas vezes no crime previsto no artigo 121 do Código Penal, o réu declarou que havia consumido umas duas latinhas de cerveja antes do ocorrido, e que não estava embriagado, mas também declarou que não viu quando atropelou as vítimas, e que por essa razão não parou para prestar socorro a elas.

No entanto, ao assumir a direção de veículo automotor após a ingestão de bebida alcoólica já se configurou a infração, e assim assumiu o risco de causar o dano a outras pessoas, tanto físico quanto financeiro. Mesmo com todas as evidências que houve a ingestão de álcool por parte do réu, seria preciso provar que ele se embebedou com a intenção de praticar o crime de trânsito que se finalizou com a morte das vítimas, só assim ele poderia ser julgado pelo tribunal do júri, onde se julga os crimes dolosos contra a vida. Assim aduz Rogério Greco:

Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, acredita sinceramente na sua não ocorrência; o resultado previsto não é querido ou mesmo assumido pelo agente. Já no dolo eventual, o agente, embora não queria diretamente produzir o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo. (Rogério Greco, in Código Penal Comentado, Impetus, 5ª ed., 2011, pág. 60).

Portanto o réu não ingeriu bebida alcoólica para praticar o crime, mas é visto que assumiu o risco de produzir seus efeitos ao assumir a direção, como Rogério Greco explica não houve a intenção, mas a previsibilidade deve ser fato concreto. Tal fato pode vir acontecer, mas não se pode falar em dolo quando não havia vontade, há culpa mas não intenção. Assim vinha sendo o entendimento do STF como demonstrado em sentença de 2011:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO

AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influenciando na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que "O anteprojetado Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: 'A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato". (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A reavaliação jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j.

28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela *lex mitior*, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime *sub judice* e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP. (HC 107801, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULG 11-10-2011 PUBLIC 13-10-2011 RJTJRS v. 47, n. 283, 2012, p. 29-44)

Como visto, mesmo diante do homicídio no trânsito com o indivíduo tendo consumido álcool antes de dar causa ao acidente os ministros se posicionaram a favor da manutenção de classificação do crime de doloso para culposo. Mas com o passar do tempo e do significativo aumento das ocorrências relativas ao cometimento dos crimes de trânsito o entendimento do tribunal foi se alterando para atender as demandas da sociedade como visto na decisão anterior.

Ainda existe uma grande dificuldade em concluir quando o agente assumiu o não o risco de promover o resultado, os tribunais não chegaram a uma decisão única sobre o tema, por essa razão cada caso deverá ser apreciado de maneira distinta, levando em conta os meios antecedentes ao cometimento do crime.

Em 2019 um motorista em Santa Catarina provocou a morte de duas pessoas em um acidente de trânsito, foi constatada a embriaguez do mesmo, pois ele estava visivelmente embriagado, foi lavrado o auto de prisão em flagrante, mas apenas três dias após o acidente o autor foi solto, ele responde o processo em liberdade já que o juiz pode decidir pela soltura do réu. Após essa soltura dificilmente ele será privado de sua liberdade novamente, pois os processos se arrastam por anos no judiciário até que se tenha uma sentença com trânsito em julgado, isso se essa sentença for condenatória, pois no entendimento dos julgadores dificilmente o crime de trânsito deixará de ser culposo.

3.1 JURISPRUDÊNCIAS EM TESES DO STJ SOBRE CRIME DE TRÂNSITO

O crime de trânsito é classificado como comissivo e omissivo por omissão, ou seja, crime comum, não exige qualquer qualidade especial do agente para o cometimento do mesmo, ele pode se dar pela ação ou omissão de qualquer pessoa habilitada ou não para a direção de veículo automotor.

Portanto se trate de um crime abstrato, ou seja, aquele tipificado pela conduta do agente, assim decidiu o emérito tribunal:

Ementa do RHC 97585/SP:PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO FÁTICA SUFICIENTE E CLARA. DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS DE AUTORIA E DA MATERIALIDADE. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. DESCRIÇÃO DE CRIME EM TESE. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE QUE A CONDUTA TENHA EFETIVA POTENCIALIDADE LESIVA. BASTA A INFLUÊNCIA DO ÁLCOOL. (RHC 97.585/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

É do entendimento deste tribunal que a conduta do agente deve ser levada em conta para tipificar o crime, ou seja, os meios utilizados para a sua finalização. Com essa decisão a relatora deixou bem claro que a embriaguês é fator determinante para aplicação da pena, ou seja, se o condutor houver ingerido um mínimo de álcool e se achar em plena condição de dirigir, e talvez esteja, por deslize de um pedestre por exemplo, este vier a atropelá-lo com o seu veículo tendo como final o óbito, e for submetido ao teste do bafômetro, demonstrando ,6 decigramas de álcool por litro de sangue em seu organismo, ele não precisará estar embriagado para responder a pena mais severa do CTB em seu parágrafo 3º do artigo 302.

Mas como já visto anteriormente, tem se vários posicionamentos dos tribunais, em suas jurisprudências eles analisam o caso concreto e seus meios para decidirem, a ministra da Sexta Turma Maria Thereza de Assis Moura se pronunciou que para haver crime basta apenas a influência do álcool no momento da ocorrência do fato, mesmo comprovado o delito, o crime de trânsito continua em grande parte sendo tipificado como "culposo", trazendo a punição para a modalidade benéfica ao réu. Com a alteração dada ao CTB na seção II "Dos Crimes em Espécie" foi possível um melhor entendimento para os crimes praticados na direção de veículos após a ingestão de álcool, delimitando em parte a conduta do agente delituoso. Desse modo o crime não deve ser julgado por pessoas leigas ao assunto como dispõe o

tribunal do júri, mas por quem é capaz de entender que aquela prática não se deu de forma dolosa ou seja o juiz singular como decidido anteriormente:

Ao julgar recurso em sentido estrito contra sentença de pronúncia pelo crime de homicídio qualificado por motivo torpe e por meio que possa resultar perigo comum em decorrência de acidente de trânsito, o Colegiado, por maioria, afastou o dolo eventual e desclassificou o crime para outro de competência do juízo singular. Explicou a Relatora que, embora exista o indício de disputa automobilística e de embriaguez de um dos agentes no momento do acidente, não há elementos que revelem ter sido utilizado o veículo como arma, com assunção do risco de produzir o resultado típico. 20070111242232RSE, Rel^a. Des. SANDRA DE SANTIS. Voto minoritário - Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO. Data do Julgamento 17/09/2009.

Na decisão, a Desembargadora qualifica o juízo singular como competente para decidir a questão sem necessidade da opinião de leigos para tal, sendo o afastamento do dolo eventual uma das principais medidas adotadas pelos tribunais para esse caso, apesar da decisão ser anterior às modificações no CTB ainda se tem o mesmo posicionamento por parte dos tribunais, pois para afastar o crime culposo é necessário a vontade do agente no cometimento do crime, o que se daria se ele usasse o automóvel para dar fim a um desafeto, tornando o veículo uma arma usada para esse fim.

Um grande número de acidentes nas estradas tem sido provocado por motoristas profissionais, pois são esses que passam a maior parte do tempo na direção de veículos, e conseqüentemente tem a maior chance de se acidentarem, no entanto, devido a prazos e outras cobranças para efetuarem o serviço designado, esses motoristas muitas vezes acabam se valendo de meios psicoativos para renderem mais a viagem, mas não é só nas estradas que estão os motoristas profissionais, todos que tem em sua carteira de trabalho a assinatura como motorista se enquadram nessa categoria, e se enganam quando pensam que por esse ser o seu meio de sustento e sobrevivência a lei fará alguma distinção na hora de punir por infrações cometidas no exercício da profissão como vemos no agravo regimental 1068852 da sexta turma do STJ/RS:

O maior desvalor da circunstância judicial relativa à culpabilidade deve ser mantido, porquanto as circunstâncias concretas efetivamente extrapolaram o ordinário ao tipo

penal, notadamente pelo crime ter sido praticado por motorista profissional, de quem se espera maior cuidado e responsabilidade no trânsito. Tal dever de cautela, contudo, a teor das ponderações contidas nos decisórios impugnados, deixou de ser observado pelo recorrente ao trafegar em velocidade superior à permitida na via e invadir a faixa de rolamento contrária, colidindo com o automóvel em que estavam presentes as três vítimas fatais. (AgRg no AREsp 1068852 / RS AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL 2017/0056393-4)

O fato de o infrator ser motorista profissional não é condição para a substituição da pena aplicada e esse condutor deveria ser exemplo para os demais.

3.2 A VEDAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CRIME DE TRÂNSITO QUANDO HÁ SOCORRO À VÍTIMA

O artigo 302 do CTB em seu inciso III do parágrafo 1º diz sobre a pena de deixar de prestar socorro à vítima quando há homicídio culposo na direção de veículo automotor, sendo esta de detenção de dois a quatro anos, mas no caso em que este socorro seja de perigo a vida não será obrigatório.

No entanto, como o bem jurídico tutelado na presente lei é a vida, o artigo 301 do mesmo código vem vedar a prisão em flagrante e a exigência de fiança para aquele que prestar socorro à vítima no acidente de trânsito, buscando assim uma rápida resposta ao afetado pelo fato, o causador responderá pelo delito se houver, mas será em liberdade. Com isso o legislador buscou o salvamento da vítima e facilitou a identificação das partes envolvidas, já que o condutor estará no local do acidente quando a autoridade se fizer presente.

Tais vedações não serão aplicadas aos artigos 306 e 308 do CTB, pois não havendo vítima direta os mesmos serão crimes vagos.

O artigo 301 veio para incentivar o socorro a vítima sem risco a liberdade do agente, pois o medo de ser preso faz com que tente se evadir do local, tentando assim dar fim a punição que seria estabelecida, mas sabendo que será mais benéfico para ele e conseqüentemente para a vítima que obteve um rápido socorro que pode às vezes ser a diferença se ela vai viver ou não, assim ele pode dar a assistência necessária ao ferido. Mas quem omite esse socorro tem a pena aumentada de um terço até a metade como causa de punição.

Essa vedação não alcança os crimes dolosos de trânsito, estes de dolo eventual ou direto, ou os de lesão corporal dolosa, pois estes também se enquadram no

Código Penal, sendo assim essa vedação da prisão em flagrante alcança os crimes de culpa quando houver socorro a vítima.

Nesse tema diz Rizzardo sobre motivos alheios a vontade do agente o impede de prestar socorro à vítima:

Primeiramente, preponderam a disposição e os atos tendentes a prestar socorro. Se o veículo do causador não comporta o atendimento no local, ou as condições físicas e psíquicas do mesmo impedem o socorro, não é de se afastar a aplicabilidade da norma, porquanto, do contrário, se privilegiaria aqueles que tiveram maior sorte no evento, ou manobravam veículos mais resistentes. Decorreria uma quebra do princípio da igualdade e da própria justiça. Valerá, pois, para decidir quanto à incidência da regra, o ato de vontade evidenciador de prestar socorro. (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 630.)

De acordo com o autor deverá ser levada em conta a vontade do agente em prestar o socorro, se aproveitando dos benefícios da lei quando por motivos que fogem a sua vontade este não puder ser feito no momento do fato. Se por algum motivo o agente foi impossibilitado de prestar esse socorro para resguardar a sua integridade ou até da própria vítima é justo que se aproveite do que a lei lhe oferece.

Acontece em alguns locais em que os ânimos se exaltam quando há ocorrência de algum fato que venha a causar vítimas, em que o causador tem a sua integridade ameaçada por outros, que o culpam pelo acontecimento, e se o mesmo continuar no local poderá ser alvo de represálias, fazendo com que saia para se proteger até o comparecimento das autoridades que possam lhe promover a segurança. Assim, ele não queria deixar de prestar o socorro necessário, mas foi compelido a sair.

O Estado tem total interesse em identificar os envolvidos na ocorrência, portanto foi publicada uma tese do STJ sobre a fuga do local do acidente, e vem dirimir o problema apresentado frente ao inciso LXIII da Constituição Federal:

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

LXIII – “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (Constituição Federal, 1988).

O artigo da Constituição trata sobre o direito ao silêncio do preso, mas para que o fato seja elucidado se faz necessário a total cooperação dos envolvidos, mesmo que haja culpa ou o dolo eventual, portanto o agente não pode invocar o direito de permanecer em silêncio e também o da vedação de prisão em flagrante simultaneamente.

O crime de fuga à responsabilidade não ofende o inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição da República, eis que o suposto direito à fuga não pode prevalecer sobre o interesse do Estado na identificação dos envolvidos no evento de trânsito (D.O.E., 04/05/2011, p.137)

Visto que somente configurado o estado de necessidade de se ausentar do local do acidente pode o autor de fato se aproveitar do artigo 301 do CTB. O condutor que estiver embriagado e der causa ao homicídio, lesão corporal grave ou gravíssima não aproveitará do disposto no artigo 301 do CTB.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Trânsito Brasileiro deverá passar por inúmeras modificações até que consiga alcançar o seu objetivo de inibir a direção de veículo automotor por condutores que tenham ingerido qualquer quantidade de álcool, diminuindo assim, consideravelmente os acidentes provocados por esses infratores. É responsabilidade da lei preservar a vida, portanto, se necessário deverá punir mais severamente quando provado o desrespeito aos artigos do CTB que cuidam da direção após a ingestão de álcool. Como o trânsito é o segundo maior causador de mortes no Brasil, e deve receber uma atenção especial por parte das autoridades e legisladores, aumentando consideravelmente as campanhas de conscientização e fiscalização. Também se faz necessário um melhor aparelhamento das autoridades competentes para uma melhor atuação no ato da infração.

Portanto se faz necessário novos meios de atestar a embriaguez ao volante e se possível a caracterização do dolo eventual para uma punição exemplar dos infratores que ainda insistem em cometer essa desobediência a lei que é tão conhecida no território nacional.

Deveria ser permitido o acesso ao prontuário médico de todos os envolvidos em acidentes de trânsito logo após o fato com vítimas para atestar se houve

consumo de substância proibida, facilitando assim o trabalho da autoridade competente e impossibilitando o infrator de fugir de sua responsabilidade perante a justiça.

Para a sociedade em geral se criou uma falsa impressão que o condutor autuado por embriaguez será sempre preso e autuado por dolo eventual após um acidente, mas não é essa a posição adotada pelo STJ e do STF, para os julgadores a embriaguez por si só não é eficiente para caracterizar o dolo eventual.

A embriaguez descrita na lei não se refere apenas ao álcool, ela abrange qualquer tipo de substância que altere a atividade psicomotora do condutor, assim, para atestar outras substâncias que não seja o álcool o bafômetro usado pelas autoridades em uma possível fiscalização (blitz) se torna ineficaz. Um caminhoneiro que utilizou o famoso "rebite" para não dormir está infringindo a lei do mesmo modo, mas apenas um exame mais aprofundado será capaz de diagnosticar tal uso, mas não se pode obrigar o condutor a prestar esse desfavor contra si próprio, facilitando a impunidade do infrator.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 11.705**, de 19 de junho de 2008. Altera a Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que "Institui o Código de Trânsito Brasileiro", e a Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e a propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do par. 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em: . Acesso em: 19 de outubro de 2020

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (sexta turma). **Ag. Reg. no Agravo em Recurso Especial N° 1.068.852**. Processo penal e penal, agravo regimental no agravo em recurso especial, prequestionamento, manifestação da origem, indispensabilidade, culpabilidade, fundamento concreto, idoneidade, agravo regimental improvido. Relator Min. Nefi Cordeiro. 20 de março de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860100620/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1068852-rs-2017-0056393-4/inteiro-teor-860100629?ref=juris-tabs> . Acesso em 19 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (primeira turma). **Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 831.778 Paraná**. Agravo regimental no agravo de instrumento, penal,

homicídio culposo, artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, agravo ao qual se nega o provimento. Relatora Min. Cármen Lúcia. 15 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620190> . Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Emb. Infr. no Habeas Corpus 124.687.** Embargos infringentes contra acórdão de órgão fracionário do STF em sede de habeas corpus, inadequação da via eleita. Relator Min. Roberto Barroso. Acórdão 21 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/107387738/processo-n-124687-do-stf>. Acesso em: 01 de novembro 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 121.654 Minas Gerais.** Habeas corpus, ação penal, homicídio na direção de veículo automotor, denúncia por homicídio doloso, embriaguez ao volante, pretensão de desclassificação para delito culposo, exame do elemento subjetivo, análise de matéria fático-probatória, inviabilidade da via, necessidade de enfrentamento inicial pelo juízo competente, tribunal do júri, ordem denegada. Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão 21 de junho 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11878652> . Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (primeira turma). **Habeas Corpus 107.801 São Paulo.** Penal, habeas corpus, tribunal do júri, pronúncia por homicídio qualificado a título de dolo eventual, desclassificação para homicídio culposo na direção de veículo automotor, embriaguez alcoólica, actio libera in causa, ausência de comprovação do elemento volitivo, reavaliação dos fatos que não se confunde com revolvimento do conjunto fático-probatório, ordem concedida. Relatora Min. Cármen Lúcia. Acórdão 06 de setembro de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20621651/habeas-corpus-hc-107801-sp-stf/inteiro-teor-110022533>. Acesso em: 01 de novembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (primeira turma). **Habeas Corpus 174.930 São Paulo.** Habeas corpus contra decisão monocrática de ministro de tribunal superior, recorribilidade. supressão de instância, inexistência de ilegalidade, precedentes. Relator Min. Marco Aurélio. Acórdão 18 de agosto de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753838824> . Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (segunda turma). **Habeas Corpus 115.352 Distrito Federal.** Habeas corpus, penal. crime de homicídio praticado na condução

de veículo automotor, pleito de desclassificação para o delito previsto no artigo 302 do código de trânsito brasileiro, debate acerca do elemento volitivo do agente, culpa consciente x dolo eventual, condenação pelo tribunal do júri, circunstância que obsta o enfrentamento da questão, reexame de prova. ordem denegada.

Relator Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão 16 de abril de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_115352_DF_1367334091991.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1606747081&Signature=I1DpUyG5sIkuXubC%2B0oPFN3dHGM%3D . Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus N° 37.921 Minas Gerais (2013/0153975-2)**. Relator Min. Jorge Mussi. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RHC_37921_d95a3.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1606752891&Signature=CU8TPkSETaIveEWtv81LQECtcMM%3D . Acesso em 12 de outubro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (sexta turma). **Recurso em Habeas Corpus N° 97.585 São Paulo**. Processual penal, crime de trânsito, direção de veículo automotor sob a influência de álcool, denúncia, descrição fática suficiente e clara, demonstração de indícios de autoria e da materialidade, inépcia, não ocorrência, ação penal, falta de justa causa, atipicidade, descrição de crime em tese, trancamento, impossibilidade, crime de perigo abstrato, desnecessidade de que a conduta tenha efetiva potencialidade lesiva, basta a influência do álcool, recurso não provido. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão 26 de junho de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617610974/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-97585-sp-2018-0093985-3/inteiro-teor-617610984> . Acesso em: 12 de outubro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, **Emb Infring e de Nulidade**. Embargos infringentes, pronúncia, homicídio, trânsito, dolo eventual, inoportunidade, culpa consciente, desclassificação. Des.(a) Maria Luíza de Marilac. 24 de junho de 2014. Disponível em: [https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0481.12.007005-9%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar#:~:text=116\).&text=Na%20culpa%20consciente%2C%20o%20agente,de%20vir%20a%20produzi%2Dlo](https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0481.12.007005-9%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar#:~:text=116).&text=Na%20culpa%20consciente%2C%20o%20agente,de%20vir%20a%20produzi%2Dlo) . Acesso em: 15 de outubro de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz. A vedação da prisão em flagrante em crime de trânsito quando há socorro à vítima. Delegado plantonista, 2019. Disponível em: <https://delegadoplantonista.webnode.com.br/news/a-vedacao-da-prisao-em->

flagrante-em-crime-de-transito-quando-ha-socorro-a-vitima/. Acesso em: 25 de outubro de 2020.

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. BRASIL. Código de Processo Civil (1973).

CRIMES DE TRÂNSITO – FUGA À RESPONSABILIDADE – ARTIGO 305 DA LEI Nº 9.503/97 – CONSTITUCIONALIDADE O crime de fuga à responsabilidade não ofende o inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição da República, eis que o suposto direito à fuga não pode prevalecer sobre o interesse do Estado na identificação dos envolvidos no evento de trânsito. (D.O.E., 04/05/2011, p.137)

Francisco de Assis Toledo - Princípios Básicos de Direito Penal - Ed. Saraiva - 1987 - pág. 291

GRECO, Rogério. In Código Penal Comentado, Impetus, 5ª ed., 2011, pág. 60.

HC 107801, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-196 DIVULGADA 11-10-2011 PUBLICADA 13-10-2011 RJTJRS v. 47, n. 283, 2012, pág. 29-44

Medicina legal/ Genival Veloso de França - 11 ed. - [Reimpr.]. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2019 - pág. 408

Relatório Anual 2019. Seguradora Líder DPVAT 2019. Disponível em: <https://www.seguradoralider.com.br/Documents/Relatorio-Anual-2019.pdf?zoom=65>. Acesso em: 12 de outubro 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro**. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 630.

O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: COMBATE E REPRESSÃO NA PERSPECTIVA DAS DIRETRIZES DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E DOS FUNDAMENTOS DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

THAÍS FARIAS DE ALMEIDA: Graduada em Direito pelo Centro Universitário UniFacisa e Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal no Instituto Jus21.

RESUMO: O presente artigo visa discutir a respeito da Teoria do Transconstitucionalismo de Marcelo Neves no âmbito da repressão e prevenção do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, diante da sua rigorosa proteção ao sigilo bancário pessoal, que traz dificuldades no tocante à obtenção de informações para propiciar a constatação de crimes financeiros e econômicos de grande sofisticação. Assim, mediante os estudos realizados, se sugere uma melhor análise sobre os elementos de diálogos legislativos, para uma possível relativização do sigilo bancário e, ao mesmo tempo, de preservação de preceitos constitucionais, como forma de adequar o Brasil às diretrizes internacionais no combate à lavagem de dinheiro, objetivando promover a efetividade necessária para combater o crime em questão. Para tanto, se utilizou o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa da documentação indireta. Tendo em vista que o crime em tela é de difícil constatação, graças ao seu *modus operandi*, a importância de estudos acerca do assunto determina-se pela imprescindibilidade de serem efetivadas medidas mais eficazes para preveni-lo e reprimi-lo, visto que as atuais ações implementadas pelo Brasil não estão sendo suficientes, especialmente no âmbito internacional.

PALAVRAS-CHAVES: Lavagem de Dinheiro. Cooperação internacional. Transconstitucionalismo.

ABSTRACT: This article aims to discuss the Theory of Transconstitutionalism by Marcelo Neves in the context of the repression and prevention of the crime of money laundering in Brazil, in view of his strict protection of personal banking secrecy, which brings difficulties to obtaining information to provide the verification of highly sophisticated financial and economic crimes. Thus, through the studies carried out, a better analysis of the elements of legislative dialogues is suggested for a possible relativization of banking secrecy and, at the same time, for the preservation of constitutional precepts, as a way of adapting Brazil to international guidelines in the fight against money laundering, aiming to promote the effectiveness necessary to combat the crime in question. For that, the deductive approach method and the indirect documentation research technique were used. Bearing in mind that the crime on screen is difficult to verify, the importance of studies on the subject is determined by the indispensability of more effective measures to prevent and repress it, since the

current ones actions implemented by Brazil are not sufficient, especially at the international level.

KEYWORDS: Money laundering. International cooperation. Transconstitutionalism.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DESENVOLVIMENTO 3. CONCLUSÃO 4. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir a respeito da Teoria do Transconstitucionalismo de Marcelo Neves e da cooperação internacional no âmbito da repressão e prevenção ao crime de lavagem de dinheiro no Brasil, diante da sua rigorosa proteção ao sigilo bancário pessoal, que traz dificuldades no tocante à obtenção de informações para propiciar a constatação de crimes financeiros e econômicos de grande sofisticação.

É de grande importância a prevenção e a repressão à lavagem de dinheiro e, por conseguinte, aos crimes a ela relacionados, uma vez que os recursos oriundos de atividades ilícitas ocasionam efeitos diretos no Estado, gerando uma diminuição dos recursos governamentais, e ainda são aplicados no financiamento de outros crimes, garantindo a sobrevivência do sistema delitivo.

A temática mostra-se relevante, pois o crime em tela traz consequências drásticas para a economia, desestabilizando-a, como também para o sistema financeiro e para diversos setores da sociedade, sendo necessário efetivar ações a fim de combatê-lo e torná-lo inviável.

Para tanto, uma das medidas implantadas pelo Brasil foi criar o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), atual Unidade de Inteligência Financeira (UIF), a qual possui o papel de produzir inteligência financeira e promover a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro.

Vale ressaltar que o branqueamento de capitais não atinge somente os setores jurídicos e econômicos de um país. Além de ocasionar uma perda de receitas ao Estado, devido a ocultação de valores derivados de condutas ilícitas, atinge ainda o cidadão, o qual vem a sofrer diretamente os nocivos impactos dessa prática criminosa.

Tendo em vista que o crime em tela é de difícil constatação, graças ao seu *modus operandi*, a importância de estudos acerca do assunto determina-se pela imprescindibilidade de serem efetivadas medidas mais eficazes para preveni-lo e reprimi-lo, visto que as atuais ações implementadas pelo Brasil não estão sendo suficientes, em especial no âmbito internacional.

Desse modo, a presente pesquisa fez uso do método de abordagem dedutivo, tendo sido utilizada a técnica de pesquisa da documentação indireta, por meio da qual foram obtidas as referências do trabalho, constituídas principalmente de livros, artigos científicos, dissertações, revistas e arquivos públicos (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 112).

Por fim, a pesquisa classifica-se como explicativa, porquanto visa elucidar a razão das coisas, através do registro, da análise, da classificação e da interpretação dos fenômenos observados, identificando os fatores que fizeram originá-los, aprofundando o conhecimento da realidade (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 53).

2 DESENVOLVIMENTO

A cooperação internacional se tornou necessária no combate ao crime organizado, bem como na garantia da preservação da transparência e da estabilidade do sistema econômico-financeiro. Na sociedade mundial de risco, sempre em transformação e com tecnologias cada dia mais avançadas, as organizações criminosas se especializam cada vez mais em obterem êxito nas suas práticas delituosas, deixando o menor rastro possível de suas condutas.

As constantes mudanças nas sociedades levam os países a adequarem seus ordenamentos jurídicos às novas realidades, sendo a cooperação internacional um dos aspectos importantes no contexto de um mundo globalizado, pois promove a aproximação das nações, através da assinatura de convenções, tratados e protocolos, objetivando solucionar diversos problemas mundiais, a exemplo da lavagem de dinheiro, uma prática ilegal verificada em vários países, muitas vezes assumindo caráter internacional.

Diante desse cenário, o Brasil assumiu compromissos internacionais relacionados ao intercâmbio de informações financeiras e ao combate à movimentação de dinheiro de origem ilícita. Contudo, o país ainda possui obstáculos na sua adequação às inovações internacionais de enfrentamento a lavagem de dinheiro, em especial no seu ordenamento jurídico, nos seus órgãos de investigação e na sua Unidade de Inteligência Financeira, o antigo COAF.

Observa-se que o Brasil ainda não atingiu os padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro, visto que a criação da Lei nº 9.613/1998, até o momento, não teve a eficácia esperada, porquanto o país possui uma superlotação legislativa em que a grande maioria das leis são ineficientes na correção dos problemas, especialmente na seara criminal.

Contudo, se terá uma maior eficiência no combate à lavagem de dinheiro no Brasil se este vier a promover uma maior transparência em matéria fiscal, por meio

da relativização do sigilo bancário perante as administrações tributárias, ampliando-se a capacidade de fiscalização das autoridades fiscais.

Através da Teoria do Transconstitucionalismo, as nações desenvolvem métodos de cooperação e de esforços conjuntos a fim de combater o crime organizado, a lavagem de dinheiro e outros delitos que assumem caráter internacional. Com efeito, diante das inovações, levantou-se o fundamento do acesso às informações como forma de aumentar a eficiência das leis tributárias, objetivando a transparência fiscal (NEVES, 2009).

Nesse diapasão, surgiu a possibilidade de as autoridades fiscais terem acesso a informações de identificação de bens e rendas de contribuintes, ainda que essas informações fossem detidas por instituições financeiras. Dessa forma, infere-se que a excessiva proteção do sigilo bancário e fiscal existente no Brasil não se encontra em consonância com as conjecturas dos países democráticos mais desenvolvidos e empenhados em enfrentar a crescente criminalidade.

Está cada vez maior a participação de agentes públicos nos crimes antecedentes que ocasionam o branqueamento de capitais, o que contribui para que sua verificação seja ainda mais obstaculizada, principalmente pela forte presença da corrupção. Assim, quanto menor for a dificuldade em se obter registros de transações, operações bancárias e outras informações fiscais, mais facilitado se torna o processo de descoberta da ação criminosa.

É importante ser viabilizado um acesso mais célere às informações bancárias e fiscais das pessoas sujeitas aos mecanismos de controle, elencadas no art. 9º da Lei nº 9.613/1998, bem como dos agentes responsáveis por cometerem atos suspeitos de lavagem que devem ser comunicados, visando proporcionar uma rápida constatação do crime, em razão do seu *modus operandi* ser distinto dos demais delitos, geralmente operacionalizado com mecanismos sofisticados.

A Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, trata sobre os crimes de lavagem de dinheiro e dos mecanismos de prevenção à utilização do sistema financeiro para o cometimento de atos ilícitos. O referido diploma legal se constituiu em meio a uma conjuntura de cooperação internacional, que se deu em decorrência do entendimento de vários países acerca da necessidade de serem instituídas medidas com o objetivo de combater o branqueamento de capitais (BRASIL, 1998).

O termo *lavagem de dinheiro* pode ser conceituado como sendo a execução de condutas com a finalidade de incorporar dinheiro ou valores ilegalmente obtidos ao sistema econômico legal, ou, ainda, dar aparência de licitude ao produto ou benefício procedente de um ou vários delitos. Além de ocultar capitais provenientes de feitos criminosos, os atos visam o investimento ou a reinversão desses ao sistema

legal, para promover a posterior integração do dinheiro na economia e encobrir sua origem ilícita (BRAGA, 2013, p. 26-27).

Objetivando afastar a associação direta dos lucros obtidos com a infração penal antecedente, a lavagem promove o disfarce das movimentações das vantagens indevidas, dificultando seu rastreamento, para colocá-lo fora do alcance das autoridades. Assim, aqueles valores que antes eram considerados “sujos”, por serem oriundos de atividades ilegais, se transformam em “dinheiro limpo”, ou seja, com aparência lícita, permitindo a disponibilização do dinheiro novamente para os agentes criminosos (BRAGA, 2013, p. 31).

Em relação aos bens jurídicos tutelados pelo crime de lavagem de dinheiro, os principais atingidos são a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto, especialmente a licitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro, que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (PRADO, 2019, p. 552).

O processo da lavagem de capitais pode ocorrer em etapas principais, quais sejam: a colocação (*placement*), em que o dinheiro líquido é introduzido no mercado financeiro; a ocultação, encobrimento ou cobertura (*layering*), na qual escamoteia-se sua origem ilícita e, por fim, a integração, conversão ou reciclagem (*integration*), que pretende reintroduzir o dinheiro reciclado ou lavado na economia legal (PRADO, 2019, p. 546-547). Cabe destacar que a lavagem de dinheiro não necessariamente seguirá as três fases citadas, podendo ocorrer apenas a etapa da integração.

De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), o crime de lavagem de dinheiro é caracterizado pelo recebimento de dinheiro em espécie, reconhecidamente ilícito, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores (AP 470/MG, Rel.: Min. Roberto Barroso, 22 abr. 2013).

Assim, referido processo se apresenta como um indiscutível fenômeno, que já não envolve quantidades ou valores insignificantes, tendo em vista que as organizações criminosas necessitam colocar nesse procedimento os bens ilicitamente gerados, dotando esse capital de aparência legal, para posteriormente tirarem proveito de maneira livre e impune (BRAGA, 2013, p. 83).

Afirma Oscar Martín Sagrado (2018, p. 8) que:

En definitiva, las razones y finalidad que llevaron a tipificar el blanqueo de capitales aparecen íntimamente ligados con la búsqueda por evitar que los bienes de origen ilícito sean incorporados al tráfico económico legal desde una doble

perspectiva. De una parte, para impedir las repercusiones que el referido hecho pudiera tener en la propia economía y, de otra, para dificultar el aprovechamiento económico por el autor de la conducta delictiva previa o de un tercero de esos bienes ilícitos.

A lavagem de dinheiro, enquanto prática corruptiva objeto do direito penal econômico, tendo na sua gênese o cometimento de ilicitudes ligadas à fraude, à corrupção, à sonegação fiscal, ao tráfico de drogas, armas e pessoas, e, sobretudo, ao crime organizado, se encontra inserida no funcionamento da sociedade mundial, evoluindo, paralelamente, às relações sociais e econômicas (GIRARDI, 2018, p. 91).

A intervenção penal da lavagem de capitais se justifica por esta ameaçar os interesses estratégicos, políticos e econômicos de diversos países, podendo privar o Estado dos recursos financeiros necessários a seu desenvolvimento de forma sustentável, afetando a confiança dos cidadãos na capacidade de seus dirigentes promoverem a justiça fiscal (BRASIL, 2019).

Por conseguinte, com o avanço tecnológico e a globalização, adveio um processo irreversível de internacionalização de mercados, movimentação de capitais e pessoas, como também de facilidades na realização de aplicações financeiras por empresas ou indivíduos em bancos de qualquer lugar do mundo. Juntamente a isso, houve uma crescente facilidade para a prática da lavagem de dinheiro, a qual se tornou um crime de caráter internacional, vindo a desestabilizar sistemas financeiros e comprometer várias atividades econômicas (LAKS, 2017, p. 102).

Com a finalidade de promover sua adesão no esforço global de enfrentamento ao referido crime, cerca de dez anos após a Convenção de Viena de 1988, o Brasil editou a Lei nº 9.613/98 no ano de 2012. Nesse sentido, a Lei nº 12.683/12 tratou acerca da lavagem de dinheiro e dos mecanismos de prevenção à utilização do sistema financeiro para o cometimento de ilícitos, criando ainda a atual Unidade de Inteligência Financeira (BRASIL, 2012).

Atualmente, a referida lei tipifica o crime em questão em seu art. 1º, o qual afirma que pratica a ação criminosa quem “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal” (BRASIL, 2012).

Todavia, é importante frisar que:

Nem todas as condutas de “ocultar” e/ou “dissimular” configuram a lavagem de dinheiro. É preciso constatar o seu elemento subjetivo. Essas ações devem necessariamente demonstrar a

intenção de o agente esconder a origem ilícita do dinheiro (bens, direitos e valores). A simples movimentação de valores ou bens, com o intuito de utilizá-los, desfrutar-lhes ou mesmo acomodá-los, mas sem intenção de escondê-los, não configura o delito (MENDRONI, 2018, p. 92).

Visando combater a lavagem de dinheiro, o Brasil possui programas e órgãos dedicados a este fim, como a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), a atual Unidade de Inteligência Financeira (UIF), pertencente ao Banco Central, o próprio Banco Central, a Receita Federal, o Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Polícia Judiciária e Investigativa, o Ministério Público, entre outros.

Entretanto, o crime em tela apresenta características variadas e peculiares, as quais são constantemente aperfeiçoadas e exploradas em novas oportunidades de ganhos ilícitos, o que coloca as organizações criminosas muitas vezes um passo à frente das medidas legislativas para combatê-lo, provocando, assim, a necessidade do surgimento de novas exigências para impulsionar uma reação jurídico-penal eficiente (BRASIL, 2019).

Isso porque o momento atual está marcado pela sociedade de risco, expressão atribuída a Ulrich Beck, em que as ameaças não se restringem mais aquelas naturais, as quais desde sempre acompanharam a humanidade, pois se observa que nos dias atuais surgem novos riscos criados pelo próprio desenvolvimento humano e ainda são potencializados pelo fenômeno da globalização (BECK, 2011).

Assim, pode-se afirmar que a lavagem de dinheiro consiste em uma prática criminosa da pós-modernidade, a qual transcende a individualidade dos países e regiões, assumindo uma escala global. Consequentemente, essas peculiaridades impõem que se revise não só a relação entre Estado e Sociedade, mas também a própria relação entre os Estados e os mecanismos para combater o crime organizado e a macrocriminalidade econômica (GIRARDI, 2018, p. 14).

Logo, a tendência de prevenção e repressão à lavagem de capitais atualmente verificada no plano internacional se apoia no sentido do aumento do rigor e controle no combate à evasão fiscal e da crescente implementação de acordos internacionais ou multilaterais para a cooperação no combate à fraude fiscal, o que pode representar indícios do surgimento de uma nova ordem jurídica global, denominada de Transconstitucionalismo (LAKS, 2017, p. 102).

Os movimentos de cooperação internacional de combate ao cometimento de ilícitos dessa natureza mostram que a tendência atual consiste no compartilhamento de informações financeiras dos contribuintes com as administrações tributárias.

Dessa forma, as legislações estão se empenhando no enfrentamento da evasão fiscal e no combate a diversas práticas criminosas internacionais, entre elas a lavagem de dinheiro.

Nessa conjectura, a transparência surge como princípio para a superação das ambivalências da sociedade de risco. Com isso, o princípio da transparência, significando clareza, abertura e simplicidade, vincula o Estado e a Sociedade, se transformando em um importante instrumento para a superação dos riscos fiscais provocados pela globalização (TORRES, 2011, p. 147-159).

A transparência na atividade financeira, consubstanciada na clareza orçamentária, na responsabilidade fiscal, no respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, no aperfeiçoamento da comunicação social e no combate à corrupção dos agentes públicos, em contraponto à transparência na conduta do contribuinte garantida pelas normas antielisivas, pelas regras anti-sigilo bancário e pelo combate à corrupção ativa, pode conduzir à minimização dos riscos fiscais do Estado Democrático de Direito (TORRES, 2011, p. 147-159).

Entretanto, o Brasil ainda apresenta um rigoroso sistema constitucional que impede a transparência e dificulta a obtenção de informações para facilitar o processo de constatação de crimes financeiros e econômicos de grande sofisticação, em razão da rigidez dos princípios da intimidade e do sigilo de dados, elencados no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Porém, o sigilo bancário não compõe o conjunto de dados sensíveis do indivíduo, quais sejam, aqueles que mais diretamente se ligam à sua personalidade, como os que revelam sua origem racial ou étnica, suas opiniões políticas e convicções religiosas ou filosóficas, sua filiação sindical, seus dados genéticos, biométricos, relacionados com sua saúde e relativos à sua vida sexual ou orientação sexual.

Destarte, cada vez mais se caminha, por razões jurídicas ou de ordem prática, para a garantia de uma troca segura de informações entre os órgãos de controle, bancos e até mesmo Estados soberanos, afastar a ultrapassada noção de interdição total do acesso aos dados acobertados por sigilo bancário ou fiscal (ADI 2.859/DF, Rel.: Min. Dias Toffoli, 24 fev. 2016).

Ressalta-se que o Brasil faz parte do Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI), uma organização intergovernamental estabelecida no ano de 1989 por iniciativa dos países-membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pela qual se desenvolvem políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (CVM, 2019).

Com efeito, o Brasil deve seguir as 40 Recomendações do GAFI, um guia para que “países adotem padrões e promovam a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais” para combater a lavagem de dinheiro, bem como outras ameaças à integridade do sistema financeiro, além do financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa (CGU, 2019).

Por outro lado, verifica-se que há uma crise contemporânea do conceito de soberania, envolvendo a dificuldade de conciliar essa concepção do Estado com a ordem internacional. Todavia, a crise da soberania se antecede à crise do próprio Estado nacional, historicamente incumbido da unificação nacional e da pacificação interna, cuja identidade e função precisam ser repensadas à luz das relações internacionais, com o deslocamento, para o plano internacional, das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas ao Estado (GIRARDI, 2018, p. 17).

Assim, a abertura do direito constitucional para além do Estado se mostra importante diante do cenário atual, tendo em vista que a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais e as diversas ordens para as quais eles são relevantes torna necessário o incremento de uma teoria e uma dogmática do direito transconstitucional (NEVES, 2009, p. 131).

O Transconstitucionalismo específico entre ordem internacional e ordem estatal apresenta-se na forma de uma “Constituição” em que se liga a responsabilidade do Estado perante o seu contexto social interno e a sua “responsabilidade interestatal”. Logo, a desarmonia dos problemas constitucionais permaneceria desestruturada se cada ordem jurídica pretendesse enfrentá-los isoladamente a cada caso. Portanto, impõe-se um “diálogo” ou uma “conversação” transconstitucional (NEVES, 2009, p. 135-136).

Segundo Neves (2009, p. 131):

As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, são incapazes de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente. O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas

diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial.

A noção que associava a soberania do Estado a um poder supremo exercido sobre determinando território e população está ultrapassada. Atualmente, a ideia corresponde a uma conjuntura de cooperação internacional em prol de finalidades comuns, ressignificando o poderio do Estado como membro da comunidade que é o sistema internacional, constituindo sua participação efetiva dentro dessa comunidade um verdadeiro ato de soberania (GIRARDI, 2018, p. 24).

A partir da nova delimitação da soberania, a cooperação internacional se justifica pela necessidade de o Estado contribuir para a paz e para o progresso da humanidade, sendo uma ferramenta importante ao próprio exercício das funções soberanas dos países, como no momento de promover um eficiente combate ao crime organizado e desenvolver a estabilidade do sistema econômico-financeiro (GIRARDI, 2018, p. 15).

É próprio do Estado constitucional cooperativo realizar uma abertura para as relações internacionais e para os Direitos Humanos, – com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno – bem como ter um potencial constitucional ativo, voltado para a realização internacional conjunta de tarefas (GIRARDI, 2018, p. 21).

Portanto, diante da macrocriminalidade econômica e da sofisticação presente nas organizações criminosas, se faz necessário que o Brasil esteja aberto à cooperação internacional para se adequar às diretrizes mundiais e constituir mecanismos mais eficazes de combate ao crime de lavagem de dinheiro.

4 CONCLUSÃO

A partir do presente trabalho, se objetivou discutir a respeito da Teoria do Transconstitucionalismo (NEVES, 2009) no âmbito da repressão e prevenção do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, teoria que preconiza a abertura do direito constitucional para além do Estado, devido a transterritorialização dos problemas jurídico-constitucionais presentes no mundo atual.

Sendo assim, mediante os estudos realizados, se sugere uma melhor análise sobre os elementos de diálogos legislativos, para uma possível relativização do sigilo bancário e, ao mesmo tempo, de preservação de preceitos constitucionais, como forma de adequar o Brasil às diretrizes internacionais no combate à lavagem de dinheiro, visando promover a efetividade necessária.

A hipótese que mais se afigura ao presente caso é relacionar os ditames do Transconstitucionalismo com as práticas de combate ao branqueamento de capitais, a fim de solucionar o problema jurídico-constitucional da excessiva proteção ao sigilo bancário no Brasil, que se mostra como um impedimento no seu avanço em prevenir e reprimir referido crime, devendo se amoldar aos preceitos internacionais na busca de um monitoramento mais eficiente e na viabilização de um efetivo e célere acesso às informações relativas aos bens, rendas e transações de contribuintes, possibilitando a melhor constatação de crimes econômicos.

Ademais, os mecanismos de controle e fiscalização de dados financeiros devem ser aprimorados, em virtude de o *modus operandi* da lavagem de dinheiro e dos crimes dessa natureza ser cada dia mais sofisticado pelos criminosos. Observa-se que apenas a implementação de órgãos, de sistemas e de uma legislação que objetivem o combate à lavagem de dinheiro não está sendo suficiente para preveni-la e reprimi-la, pois é necessário promover uma efetividade.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRAGA, Romulo Rhemo Pallitot. **Lavagem de dinheiro**: fenomenologia, bem jurídico protegido e aspectos penais relevantes. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários (CVM), 2019. **GAFI (FATF)**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/internacional/organizacoes/gafi.html>. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). As convenções internacionais em matéria de prevenção e combate à corrupção. **Boletim CGU Internacional**. 3. ed. Jul./ago., 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/34683/3/Boletim_CGU_Internacional_3_edicao.pdf. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle

de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.** Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Receita Federal. Ministério da Economia. **Prevenção e combate à lavagem de dinheiro**, 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.859**, Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli, 24 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310576360&-amp;ext=.pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Penal 470**, Minas Gerais. Relator: Ministro Roberto Barroso, 22 de abril de 2013. Disponível em: ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

GIRARDI, Karin Bianchini. **Cooperação jurídica internacional para o combate ao crime de lavagem de dinheiro**. 2018. 206 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito Político e Econômico, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/3746>. Acesso em: 23 ago. 2020.

LAKS, Larissa Rodrigues. Liberdade de informação e privacidade: o debate sobre a constitucionalidade da transferência do sigilo bancário à administração tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 12, n. 1, p. 86-118, abr. 2017. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/24184> Acesso em: 10 nov. 2020.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SAGRADO, Oscar Martín. **La determinación del bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales y el autoblanqueo, un debate que no cesa**. Boletín del Ministerio de Justicia, Gobierno de España, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/33h9UCX>. Acesso em: 19 nov. 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **Sigilos bancário e fiscal**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Coords.). Sigilos Bancário e Fiscal: homenagem ao jurista José Carlos Moreira Alves. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 147-159.

O SINDICATO DOS CONCESSIONÁRIOS E DISTRIBUIDORES DE VEÍCULOS DO ESTADO DA PARAÍBA (SINDICOV-PB) E A IMPOSSIBILIDADE DE SE CONTESTAR DECRETO AUTÔNOMO VIA MANDADO DE SEGURANÇA

MARCELLA VIEIRA DE QUEIROZ CARNEIRO:

Advogada. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pós-Graduada pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO: Após o que foi considerado o período crítico da primeira onda da COVID-19, doença provocada pelo novo Coronavírus (Sars-COV-2), o Poder Executivo iniciou a progressiva autorização quanto à retomada de algumas atividades econômicas, tidas como essenciais à população. Nesse cenário, o Sindicato dos Concessionários e Distribuidores de Veículos do Estado da Paraíba, representando os seus sindicalizados, impetrou mandado de segurança contra ato do prefeito da cidade de João Pessoa, capital da Paraíba, pois aqueles se sentiram prejudicados pelo ato normativo. Em sede de agravo de instrumento no bojo da ação mandamental, o desembargador-relator entendeu pela inadequação da via eleita para pleitear os direitos requeridos, com base na súmula 266, do Supremo Tribunal Federal. O presente estudo buscou comprovar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, o acerto da decisão da relatoria, porque, embora o entendimento sumulado gramaticalmente se refira à lei propriamente dita, a Suprema Corte já assentou que o enunciado se aplica a qualquer ato normativo que possua abstração, tendo, na verdade, apenas ratificado o que se extrai a partir de uma interpretação teleológica do entendimento do STF. Outros instrumentos poderiam ser usados, a fim de ser garantido o direito constitucional de acesso à justiça, relativamente à hipótese em exame, mas não o mandado de segurança.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Súmula 266, do STF. Abstração normativa.

ABSTRACT: After what was considered the critical period of the first wave of COVID-19, a disease caused by the new Coronavirus (Sars-COV-2), the Executive Branch began to gradually authorize the resumption of some economic activities, considered essential to the population. In this scenario, the Union of Concessionaires and Vehicle Distributors of the State of Paraíba, representing their union members, filed a writ of mandamus against the act of the mayor of the city of João Pessoa, capital of Paraíba, as they felt harmed by the normative act. In the event of an interlocutory appeal in the midst of the mandatory action, the judge-rapporteur understood the inadequacy of the elected way to claim the required rights, based on Precedent 266 of the Supreme Court. The present study sought to prove, by means of a bibliographic search, using the deductive method, the correctness of the rapporteur's decision,

because, although the grammatically summarized understanding refers to the law itself, the Supreme Court has already established that the statement it applies to any normative act that has an abstraction, having, in fact, only ratified what is extracted from a teleological interpretation of the STF's understanding. Other instruments could be used in order to guarantee the constitutional right of access to justice, regarding the hypothesis under examination, but not the writ of mandamus.

Keywords: Writ of mandamus. Precedent 266, STF. Abstraction's normative.

1. INTRODUÇÃO

É possível se contestar decreto autônomo por meio de mandado de segurança?

Durante a pandemia do novo coronavírus, em âmbito nacional, foi editada a lei nº 13.979, de 2020, em que se dispôs medidas que, discricionariamente, poderiam ser adotadas, a fim de proteger os cidadãos da enfermidade, considerando-as como instrumentos emergenciais de saúde pública.

Diante do reconhecimento da competência conjunta de todos os chefes do Poder Executivo, seja nacional, estadual, distrital ou municipal, pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à adoção das mesmas, uma vez serem elas voltadas à proteção da saúde, o Governador do Estado da Paraíba, assim como os prefeitos das diversas cidades paraibanas, editaram decretos para regulamentá-las em seus territórios, assumindo estes atos normativos, na grande maioria dos casos, um caráter mais restritivo do que o adotado pelos entes federativos da União e dos Estado-membro, respectivamente.

Sentindo que um dos decretos municipais de João Pessoa, capital da Paraíba, foi prejudicial aos seus sindicalizados, por impedir os funcionamentos dos seus estabelecimentos, o Sindicato dos Concessionários e Distribuidores de Veículos do Estado da Paraíba (SINDICOV-PB) impetrou mandado de segurança, requerendo que o prefeito da cidade se abstivesse de tal impedimento, o que foi, em um primeiro momento, através de liminar, deferido pelo juiz de 1º grau, mas que, em agravo de instrumento interposto pelo Município de João Pessoa, o pleito foi desconsiderado, obtendo êxito esta parte, pois o desembargador-relator entendeu pela inaptidão do instrumento utilizado, baseado na súmula do STF que diz não ser possível a utilização do mandado de segurança objetivando discutir lei em tese.

Essa súmula se aplica ao caso? Qual a natureza jurídica do decreto editado pelo prefeito da capital paraibana? É possível sua contestação via mandado de segurança?

Demonstrada a problemática a ser discutida e a relevância da questão, seguem-se ordens de considerações que se interligam. Em verdade, o estudo dividir-se-á em

três momentos, um a tratar do reconhecimento da competência comum para a adoção das medidas relativas à COVID-19 e a natureza jurídica do decreto municipal nº 9.481/2020; o segundo, voltado a considerações acerca de mandado de segurança e a edição da súmula nº 266, do STF; e o último, sobre o objeto do mandado de segurança impetrado pelo SINDICOV-PB e a inadequação da via eleita, no que se acostará quais seriam os instrumentos cabíveis e aptos a levar o Judiciário a enfrentar a questão.

O marco referencial teórico do presente estudo apoia-se, sobretudo, nas obras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo e de André Ramos Tavares. Através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, com a ajuda das obras dos escritores supramencionados e as de outros diversos autores, restará completada a análise proposta.

2. O RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA COMUM PARA A ADOÇÃO DAS MEDIDAS RELATIVAS À COVID-19 E A NATUREZA JURÍDICA DO DECRETO MUNICIPAL Nº 9.481, DE 2020

2.1. O reconhecimento da competência comum para a adoção das medidas relativas à COVID-19

A Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 30 de março de 2020, que a COVID-19, enfermidade gerada pelo novo coronavírus (Sars-COV-2), constituía uma “emergência de saúde pública de interesse internacional”, reconhecendo, assim, a exigência de que fosse coordenada uma resposta a nível internacional, e, posteriormente, anunciou que o Mundo estaria diante de uma pandemia.

A fim de prever os mecanismos de sua atuação no que tange à temática, o Brasil editou, em 06 de fevereiro de 2020, a lei nº 13.979, oportunidade em que veiculou medidas necessárias ao enfrentamento da doença, verdadeiros limites de direitos fundamentais, dentre as quais cita-se isolamento social, quarentena (“restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus”), determinação de realização compulsória de exames médicos e de vacinas, restrição à locomoção internacional, interestadual e intermunicipal, requisição de bens. Na legislação, expressamente se fixou o seu caráter temporário, uma vez que ela vigorará somente durante o estado de emergência (artigo 8º c/c art. 1º, §§2º e 3º).

Ocorre que, diante da publicação da lei referida, governadores determinaram fechamentos de portos e aeroportos, tendo em vista se consubstanciarem em um dos mecanismos previstos. Diante disso, entendendo que as medidas perfilhadas na legislação mencionada somente deveriam ser regulamentadas por si, com o escopo de

uniformizar o enfrentamento da doença, o Governo Federal deixou isso expresso com a publicação da medida provisória nº 926, de 2020, sobretudo no que toca à regulação dos portos, aeroportos e rodovias da União.

O Partido Democrático Brasileiro ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal impugnando referido ato normativo, buscando a sua declaração de inconstitucionalidade parcial, pois ele regulado o que só pode ser objeto de lei complementar, quando detalhou providências de política sanitária e quem seria apto a implementá-la; ademais, defendeu que a proteção da saúde é de competência comum dos entes federativos, em consonância com o artigo 23, II, da CF, que, em seu parágrafo único, prevê a cooperação entre os entes por lei complementar, não sendo, desse modo, o instrumento da medida provisória apta, pois afastada expressamente pelo texto constitucional, de acordo com o artigo 62, §1º, III, da Carta Magna.

No exame do pleito, o Ministro Marco Aurélio, relator, cautelarmente, reconheceu a compatibilidade do agir do Presidente da República com a Constituição, quando editou medida provisória, pois verificado o preenchimento dos seus requisitos imprescindíveis, quais sejam, a relevância de se ter uma disciplina geral e a urgência – por isso, inclusive, observou não se pedir a exigência de lei complementar –, bem como delineou que a edição de tal ato normativo não afasta a atuação, conjunta e em seu território, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, porque assim se observa da interpretação do artigo 23, II, da Lei Magna, que traz uma competência concorrente. Ainda, para apartar qualquer interpretação contrária ou contraditória, resolveu tornar explícita, no campo pedagógico e na dicção do Supremo, a competência concorrente” (STF-ADI 6341 MC/DF, DJ em 25/03/2020). O entendimento do membro do STF restou confirmada, pelo Plenário, por maioria (DJ em 16/04/2020).

Antes de ser ratificada a decisão da relatoria, o Advogado-Geral da União requereu, em sede de embargos de declaração, a suspensão do pronunciamento posteriormente confirmado, contra a decisão monocrática do relator, de modo a se reconhecer a ilegitimidade de Estados, do Distrito Federal e dos Municípios relativamente à imposição de restrições à circulação de pessoas, bens e serviços, pois a União é quem seria competente para a edição de normas gerais sobre o tema. Com a ratificação e já que não analisado anteriormente o pleito do causídico, o relator finalizou com a perda do objeto do recurso.

Vale dizer que, quando da confirmação do que decidira o Ministro Marco Aurélio, o Supremo proferiu decisão manipulativa aditiva, interpretando o artigo 3º, §9º, da lei nº 11.979/20, conforme à CF, anunciando a competência do Presidente da República “para dispor mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, preservada a atribuição de cada ente da Federação”, com fundamento no

inciso I do art. 198, da CF, que veicula a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, quanto às ações e serviços públicos de saúde; para o STF, por outro lado, também não se precisa editar lei complementar para tratar do tema, uma vez que o art. 3º, da lei 11.979/2020 não detalha cooperação entre os componentes da Federação (DJ em 22/04/2020).

Cite-se o entender Márcio André Lopes Cavalcante, interpretando a decisão explicada:

As normas da lei nº 13.979/2020 são o exercício da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica. Vale ressaltar, contudo, que, conforme prevê a Lei do SUS, o exercício dessa competência da União não diminui a competência própria dos demais entes da Federação na realização dos serviços de saúde, até mesmo porque a diretriz constitucional é que ocorra a municipalização dos serviços de saúde (CAVALCANTE, 2020, p. 10).

Sintetizou-se, dessa forma, a matéria.

2.2. A natureza jurídica do decreto municipal nº 9.481/2020

Como supracitado, a lei nº 13.979, de 2020, trouxe medidas a serem tomadas pelos governos, com o escopo de proteger a saúde da população, em virtude da ocorrência do novo coronavírus. Tais medidas configuraram verdadeiros mecanismos de limitação de direitos fundamentais, como a limitação à livre iniciativa, ao pleno emprego, à atividade econômica, o que foi possível diante do sopesamento com outros valores constitucionais, utilizando-se, principalmente, do vetor da proporcionalidade para tanto.

Porém, reconheceu-se, em consonância com o texto da Lei Maior, que algumas atividades mereciam ser continuadas, dado o seu caráter imprescindível à sociedade.

O Governo Federal publicou o decreto nº 10.329, de 2020, em que reconheceu a natureza de serviço essencial e, portanto, de necessário resguardo, à atividade de revenda e manutenção de veículos (art. 3º, §1º, XLIV). Sobre o tema, o Governo da Paraíba editou o decreto nº 40.217, de 2020, no mesmo sentido (art. 1º, §5º, XIII). Por outro lado, o Prefeito de João Pessoa regulamentou a matéria, inadmitindo o funcionamento dos estabelecimentos ligados à referida atividade, possibilitando apenas que as oficinas e concessionárias promovessem serviços de manutenção e conserto de veículos.

O chefe do Executivo respectivo expede disposições, na forma de decretos, a serem cumpridas pelos agentes administrativos visando a complementar o que previsto na Constituição e/ou nas leis infraconstitucionais, normatizando, dessa maneira, o atuar da Administração Pública em seu âmbito de competência, a partir do que se denominou de poder regulamentar.

Maria Sylvia Zanella di Pietro trata do tema:

Insere-se, portanto, o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução. (DI PIETRO, 2018, p. 158).

Com o fim de se declarar a natureza jurídica do decreto exarado pelo chefe do Executivo municipal, é interessante dizer que os decretos podem ser de duas espécies: autônomo ou executivo.

O regulamento executivo ou secundário busca regular uma lei, que, por sua vez, fundamenta-se na Carta Magna, ficando impossibilitado de inovar na ordem jurídica, isto é, vincula-se à estrita disposição da lei que volta-se a regular. É baseado no art. 84, IV, da CF, e, de acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo,

Os decretos de execução ou regulamentares costumam ser definidos como regras jurídicas gerais, abstratas ou impessoais, editadas em função de uma lei cuja aplicação de algum modo envolva atuação da administração pública, visando a possibilitar a fiel execução dessa lei. (...) O detalhamento necessário à aplicação (da lei) é efetuado pelo Poder Executivo, o qual não pode restringir, nem ampliar, muito menos contrariar, as hipóteses nela previstas. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 282 e 283).

Por seu turno, o regulamento autônomo ou independente decorre diretamente da Constituição, fundamentando-se no inciso VI, do art. 84, da CF, ou seja, volta-se a regular a: *a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.* Nos vocábulos de Rafael Carvalho Rezende, “possuem fundamento direto na Constituição e inovam na ordem jurídica, não havendo intermediação legislativa” (REZENDE, 2020, p. 436), e de Maria Sylvia Zanella di Pietro: “inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias

não disciplinadas em lei; ele não complementa nem desenvolve nenhuma lei prévia” (DI PIETRO, 2018, p. 158).

Ao falar sobre o regulamento autônomo, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo assentam a sua divisão em: “a) externos, que contêm normas dirigidas aos cidadãos de modo geral; e b) internos, que dizem respeito à organização, competência e funcionamento da administração pública”. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p. 284).

Observando o decreto nº 9.481, de 2020, expedido pelo Prefeito do Município de João Pessoa, sobressai o entendimento de se tratar de um decreto autônomo, que se origina, de forma direta, da Constituição e para o qual não se faz necessário intermediação legislativa, o que demonstra que ele faz as vezes de uma lei.

3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DE MANDADO DE SEGURANÇA E A EDIÇÃO DA SÚMULA Nº 266, DO STF

A fim de fazer um estudo completo do objeto da produção, tecer conteúdo sobre o que se pretende é eminentíssimo.

3.1. Considerações acerca de mandado de segurança

O mandado de segurança é uma ação constitucional, de natureza cível, que não se desconfigura mesmo que o objeto tutelado seja de outra natureza, como o *habeas corpus* que não perde sua natureza constitucional criminal, ainda que busque a liberdade do devedor de pensão alimentícia.

Para Castro Nunes, “é uma garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo, é uma garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo” (NUNES, 1967, p. 54).

O art. 5º, LXIX, da CF, prevê: *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*

Segundo Alexandre de Moraes,

Importante ressaltar que o mandado de segurança caberá contra os atos discricionários e os atos vinculados, pois, nos primeiros, apesar de não se poder examinar o mérito do ato, deve-se verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores de sua edição, e, nos últimos, as hipóteses vinculadoras da expedição do ato (MORAES, 2018, p. 235).

Dissertando acerca do tema, André Ramos Tavares:

Algumas particularidades do mandado de segurança são dignas de destaque: i) é ação exclusivamente documental (não admite produção probatória — o direito deve ser líquido e certo); ii) tem cabimento residual em relação ao *habeas corpus* e ao *habeas data*; iii) só pode ser utilizado em face de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica na posição de Poder Público.

Importa, ainda, assinalar que o mandado de segurança pode ser preventivo, caso haja justificado receio (temor objetivamente demonstrado) de que ato violador de direito líquido e certo venha a ser praticado por autoridade ou pessoa em sua posição.

Dentre as espécies, o mandado de segurança pode ser individual ou coletivo, neste caso disciplinado na Lei n. 12.016/2009, pela primeira vez. É também possível mandado de segurança contra ato judicial, além de seu cabimento rotineiro contra atos administrativos (não suspensos). (TAVARES, 2020, p. 896).

Delineada, dessa forma, a síntese sobre a ação mandamental.

3.2. A edição da súmula nº 266, do Supremo Tribunal Federal

O enunciado foi publicado em 13 de dezembro de 1963, reconhecendo a Corte Suprema não ser cabível mandado de segurança contra lei em tese.

A Constituição dispôs que o writ seria cabível em casos de ameaça ou de efetiva lesão a direito líquido e certo, não amparado por meio de *habeas corpus* ou *habeas data*, outras ações tipicamente constitucionais, se ocorrida em virtude de ilegalidade ou abuso de poder, assim, para o STF, “a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não lesa qualquer direito individual” (MS 34432 AgR, rel. min. **Luiz Fux**, P, j. 07-03-2017, DJE 56 de 23-03-2017; MS 29.374 AgR, rel. min. **Roberto Barroso**, 1ª T, j. 30-9-2014, DJE 201 de 15-10-2014), inexistindo motivo para a utilização do mandado de segurança. O maior tribunal pátrio assenta que: “O mandado de segurança não pode ser utilizado como mecanismo de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral, posto não ser sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade” (MS 34432 AgR, rel. min. **Luiz Fux**, P, j. 07-03-2017, DJE 56 de 23-03-2017).

Em julgado em que se fundamentou no entendimento sedimentado, o STF afirmou que: “O mandado de segurança não pode ser utilizado para questionar ato normativo de efeitos abstratos(...)”, voltando-se à aplicação concreta da legislação, inclusive se a aplicação concreta estiver disposta “em seus equivalentes constitucionais ou, como na espécie, em regramentos administrativos de conteúdo normativo (...)” (MS 32.809 AgR, rel. min. Celso **de Mello**, 2ª T, j. 5-8-2014, DJE 213 de 30-10-2014) e “que o entendimento exposto na Súmula 266 não abarca apenas lei propriamente dita, mas todos os atos que, tal qual lei, possuam densa abstração normativa” (MS 32.694 AgR, rel. min. **Dias Toffoli**, 2ª T, j. 28-4-2015, DJE 109 de 9-6-2015).

4. O OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELO SINDICOV-PB E A INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – CONCLUSÃO

Passado o período crítico do alastramento da COVID-19, os governos começaram a liberar a retomada de algumas atividades.

O SINDICOV-PB impetrou o mandado de segurança (MS) nº 082.5981-20.2020.8.15.2001 contra o decreto expedido pelo Prefeito Municipal de João Pessoa, capital da Paraíba, o qual determinou que se continuassem fechados os estabelecimentos pertencentes às concessionárias e distribuidores de veículos localizados na cidade, até ulterior deliberação, excetuando exclusivamente os serviços de manutenção e conserto de veículos, embora as esferas federal e estadual tivessem considerado tais atividades como imprescindíveis e, portanto, que se mantivessem em funcionamento. Aduziu falta de proporcionalidade, abuso do poder discricionário do Executivo e que os prejudicados demonstraram o esmero quanto aos cuidados precisos visando à proteção da saúde de seus clientes; em complemento, o enorme prejuízo à economia local, dada a consequente impossibilidade de recuperação das empresas e, sobretudo, da manutenção dos milhares de empregos de pais de família; oportunidade em que pleiteou liminar, a fim de antecipar os efeitos da tutela.

Recebendo a inicial, o magistrado de 1º grau concedeu o pedido antecipatório, entendendo presentes os seus requisitos, afirmando existir hierarquia entre leis editadas pelos entes federativos, sendo considerada superior(es) aquela(s) exarada(s) pelos componentes maiores, isto é, pela União e pelo Estado da Paraíba. Também disse ser necessário, após o lapso de três meses de restrito isolamento, possibilitar a circulação de riquezas e a manutenção dos empregos, de forma a evitar uma nova e diferente pandemia.

Inconformado com o *decisum*, o município da capital opôs agravo de instrumento, no bojo do qual o desembargador-relator disse da inadequação da via eleita, com fundamento na súmula nº 266, do STF, sem mesmo adentrar no mérito.

Consoante supramencionado, o STF já explicitou que o seu entendimento sedimentado é aplicável não apenas à lei propriamente dita, mas a qualquer ato normativo que possua certa abstração normativa, o que inegavelmente tem o decreto autônomo publicado pelo chefe do Executivo local. Desse modo, forçoso assentar a inaptidão da forma escolhida para impugnar o agir do governante.

Quanto ao mérito, enfatize-se, de maneira primeira, que no agir vinculado à competência legislativa concorrente, os entes menores da Federação devem respeitar o que trouxeram os atos normativos exarados pelos componentes maiores, porém, em diversas ocasiões, a Corte Suprema foi clara no sentido de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem perfilhar detalhes mais restritivos, se o escopo for a proteção de um direito, não havendo que se falar, nestas hipóteses, em descompasso com o editado pela União e/ou pelos Estados-membros/Distrito Federal, respectivamente.

Em soma, diga-se que o STF reconheceu a competência comum do conjunto dos entes da Federação para proteger a saúde de sua população, durante o surto do novo coronavírus, sendo possibilitado a Estados/DF e aos Municípios a publicação de atos disciplinadores dirigidos à tomada, por cada um deles, das medidas perfilhadas na lei nº 13.979, de 2020, e, desse modo, que esses instrumentos escolhidos sejam diversos e/ou mais restritos que os adotados pelos outros, ainda que em relação aos escolhidos pelos maiores. Por isso, deve-se afastar se defender a hierarquia das normas como razão para se declarar ilegítimo, inconstitucional ou ilegal o decreto nº 9.481, de 2020.

Em outra vertente, a falta de proporcionalidade ou o abuso do poder discricionário poderia gerar tal declaração, se reconhecido em meio apto a gerar a análise da questão ventilada. Cite-se como alternativas o uso da representação de inconstitucionalidade, no Tribunal de Justiça paraibano, desde que a Constituição Estadual tenha trazido o SINDICOV-PB como legitimado ativo, a ADPF a ser impetrada no Supremo ou mesmo uma ação ordinária em 1º grau; o MS é que não cabe no que toca ao objeto da ação mandamental.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 5 de dezembro de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.979, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm, acesso em 8 de dezembro de 2020.

BRASIL, Medida Provisória nº 926, de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm#:~:text=MPV%20926&text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%2013.979,que%20lhe%20confere%20o%20art., acesso em 8 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 6341 MC/DF. 25 de março de 2020. 16 de abril de 2020. 22 de abril de 2020. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>, acesso em 18 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 266. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2459>, acesso em 10 de dezembro de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Informativo Comentado 973-STF*. Encontrado em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/05/info-973-stf.pdf>, visualizado em 29 de maio de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. São Paulo: Editora Método, 2017.

REZENDE, Rafael Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

APLICABILIDADE DAS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES COMO MÉTODO ALTERNATIVO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

STÉPHANY JORGE VASCONCELOS:

Bacharelanda do Curso de Direito no Centro Universitário de Gurupi/TO - Unirg e servidora pública na Defensoria Pública de Gurupi/TO;

GILSON RIBEIRO CARVALHO FILHO

(orientador)

RESUMO: Criadas a partir de estudos do psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, as constelações sistêmicas familiares são métodos terapêuticos aplicáveis às relações e pessoas que compõem o núcleo familiar. Ante a existência de um grande número de ações na vara de família em todo território nacional, bem como a implantação de métodos alternativos de resolução de demandas com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105), as chamadas constelações sistêmicas familiares são tratadas neste trabalho de conclusão de curso. Apesar de disseminada entre os terapeutas e psicólogos, cabe aos juristas a busca pela implementação de técnicas que resultem na diminuição das demandas ou em sua resolução em menor tempo e de forma mais eficaz. O objetivo geral consiste em compreender esse método e analisar a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente na fase de autocomposição. No desenvolvimento da pesquisa, se observou a metodologia de ensino bibliográfico dedutivo e tem como fundamento os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais disponibilizados em bibliotecas, sites e revistas jurídicas publicadas. Com o estudo são expostos os resultados obtidos por intermédio de análise qualitativa do material selecionado, os conceitos e posicionamentos que se relacionam com o tema objeto de estudo.

Palavras-chave: Resolução de conflitos. Constelação sistêmica. Direito de família. Aplicabilidade.

ABSTRACT: Created from studies by the German psychotherapist Bert Hellinger, family systemic constellations are therapeutic methods applicable to the relationships and people that make up the family nucleus. In view of the existence of a large number of actions in the family court throughout the national territory, as well as the implementation of alternative methods of resolving demands with the advent of the Civil Procedure Code of 2015 (Law No. 13,105), the so-called systemic family constellations are dealt with in this final course work. Despite being widespread among therapists and psychologists, it is up to jurists to seek the implementation of

techniques that result in reducing demands or resolving them in less time and more effectively. The general objective is to understand this method and analyze its applicability in the Brazilian legal system, mainly in the self-composition phase. In the development of the research, the deductive bibliographic teaching methodology was observed and is based on the doctrinal and jurisprudential understandings made available in libraries, websites and published legal magazines. With the study, the results obtained through qualitative analysis of the selected material, the concepts and positions that are related to the subject object of the study are exposed.

Keywords: Conflict resolution. Systemic constellation. Family right. Applicability.

INTRODUÇÃO

Resultado de uma sociedade que não para de evoluir e se transformar, o avanço das metodologias culturais e sociais acaba por interferir diretamente nos procedimentos adotados pelo Poder Judiciário em prol de atender ao objetivo contido na demanda em andamento.

Levando-se em conta a demora que os feitos apresentavam no sistema judiciário nacional, ao considerar a necessidade de resolução das demandas de direito de família de forma mais célere e eficiente, sem que reste prejudicado o relacionamento entre as partes, que manterão o vínculo familiar até o fim de suas vidas, a utilização de métodos alternativos se apresenta necessário.

Extraído da psicologia, o método psicoterápico da Constelação Sistêmica, desenvolvido pelo psicoterapeuta Bert Hellinger, da Alemanha, ganha espaço dentre os instrumentos que são aplicados nas audiências de conciliação e mediação perante as Varas de Família de todo o país.

Ante a necessidade de tornar mais efetiva a conciliação entre as partes, há quem entenda que a metodologia da Constelação Sistêmica, se aplicado às demandas familiares pode levar ao consenso das partes por intermédio da atuação do constelador ou facilitador, que conduzirá a sessão e levará ao conhecimento de problemas pessoais que influenciem às lides familiares.

Por ser pouco conhecido entre os juristas, o tema abordado passa a ser estudado neste artigo, com base no disposto pelo Código de Processo Civil de 2015. Realizado através de pesquisa classificada como bibliográfica que, além de expor o mecanismo e a suas formas de realização; ainda indica a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro em vigência.

1.A EVOLUÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o advento da constituinte do ano de 1988 houve inquestionável modificação do direito das famílias no Brasil, isto porque a Carta Magna apresentou o instituto de forma mais inclusiva do que anteriormente. Várias foram às novidades.

Instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros. Estendeu proteção à família constituída pelo casamento, bem como à união estável entre o homem e a mulher e à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, que recebeu o nome de família monoparental. Consagrou a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e qualificações (DIAS, 2016, p. 26).

Destinado à proteção da família, o artigo 226 da Constituição Federal estabelece que a família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção do Estado. Em seu §3º reconhece a união estável como entidade familiar e no 4º atribui reconhecimento à comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Diante dos dispositivos constitucionais e dos princípios que regem o direito de família, os quais envolvem a igualdade entre homem e mulher e o reconhecimento de várias formas de constituição familiar, atualmente as relações a este título são diversas e por isso são analisadas nesta pesquisa.

1.1 AS RELAÇÕES FAMILIARES NA ATUALIDADE

Na atualidade o que se reconhece como família é o resultado de um avanço social, o qual vem se concretizando com o passar dos anos e a modificação de conceitos anteriores. Como se sabe, por anos a família somente era concebida através da união entre um homem e uma mulher.

Na nova ordem constitucional, a visão modificou-se, conforme leciona Pablo StolzeGagliano:

Especialmente por considerarmos que o conceito de família não tem matriz única, temos a convicção de que a ordem constitucional vigente consagrou uma *estrutura paradigmática aberta*, calçada no princípio da afetividade, Visando a permitir. Ainda que de forma implícita, *o reconhecimento de outros ninhos ou arranjos familiares socialmente construídos* (2011, p. 41).

Hoje em dia, são reconhecidas as famílias homoafetivas, monoparentais, reconstituídas, multiparentais, entre outras. Também se consideram as técnicas de reprodução assistida e a socioafetividade como elemento de constituição de vínculo parental (FREITAS, 2014).

Atualmente, os tipos familiares estão desvinculados do casamento, formalizado segundo determina a legislação. Outra característica consiste no fato de que as famílias, antes numerosas, deram lugar a modelos familiares mais restritos, com número reduzido de componentes (LIMA, 2018).

Ante ao reconhecimento jurídico dessas relações, há que ser atribuído as pessoas os mesmos direitos familiares de convivência, afeto, alimentação, cuidado, entre outros.

1.2 OS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Aprovado pela Assembléia geral da Organização das Nações Unidas no dia 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento responsável pela previsão das garantias fundamentais do ser humano.

A Declaração reserva um dispositivo específico para a proteção da família, *in verbis*:

Artigo XVI

1. Os homens e mulheres de maior idade, sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião, têm o direito de contrair matrimônio e fundar uma família. Gozam de iguais direitos em relação ao casamento, sua duração e sua dissolução.

2. O casamento não será válido senão com o livre e pleno consentimento dos nubentes. 8 9 3.

A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (ONU, 1948).

Para o professor Sérgio Resende de Barros, "o direito de família tem sido cognominado o mais humano dos direitos, porque lida com as mais íntimas relações humanas, nas quais flagra de modo ímpar as grandezas e pequenezas do ser humano" (2013, p.1).

Pablo StolzeGagliano leciona a necessidade de proteção dos direitos familiares posto que relacionados com direitos da personalidade:

Em nosso sentir, no que tange especificamente às relações familiares, *a eficácia dos direitos fundamentais deve ter incidência direta e imediata*, especialmente no que toca *ao reconhecimento da tutela dos direitos da personalidade de cada um dos seus membros*, a exemplo dos direitos à liberdade de orientação afetiva e de igualdade entre cônjuges ou companheiros. E note-se que, nesse contexto, é imperioso que se propicie um ambiente harmônico entre os interesses da própria família, enquanto núcleo social, e os interesses pessoais dos seus membros, com o propósito de garantir a efetividade desses direitos fundamentais (2011, p. 58).

Além disso, ao garantir o direito ao afeto, à convivência e ao cuidado, se assegura o direito humano à dignidade.

Todos os tipos de vínculos merecem a proteção do Estado quando baseados em afeto, dedicação e auxílio na formação de um indivíduo completo, melhor e feliz.

A estrutura psicológica dos seres humanos deve ser respeitada e, com isto, não podemos nos esquecer de que cada indivíduo é um ser único, com vontades, sentimentos e pensamentos próprios, que devem ser respeitados.

Com o devido respeito à tutela da dignidade da pessoa humana de cada indivíduo, não há espaço para as discriminações infundadas e para o tratamento desigual em relação a qualquer vínculo baseado em afeto, assim como não se justifica qualquer diferenciação de tratamento entre filhos advindos de origens distintas.

Não há diferença entre os casais heterossexuais e os homossexuais, assim como também não há, em relação aos filhos de origem biológica ou não. O que importa é a preservação do afeto, do melhor interesse da criança e da busca à felicidade de cada indivíduo. (XAVIER, 2014, p.1).

Por ser relevante, protegido na Constituição Federal e no Código Civil, o direito de família merece salvaguarda da justiça, inclusive utilizando-se das técnicas legais de resolução consensual das demandas.

1.3 OS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS E O DIREITO DE FAMÍLIA

Nas demandas processadas perante o Judiciário brasileiro vigora a utilização de métodos de resolução da demanda de forma consensual. São instrumentos alternativos de composição dos conflitos, utilizáveis também no âmbito do direito de família.

Segundo Maria Berenice Dias (2016), em se tratando de relações familiares, a sentença quase nunca produz o efeito apaziguador desejado; a prestação não corresponde os anseios de resgate dos prejuízos emocionais e sofrimentos advindos das relações familiares.

A sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, principalmente nos processos que envolvem vínculos afetivos. A resposta judicial nunca corresponde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica. Independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos componentes do litígio familiar (DIAS, 2016, p. 86).

Seguindo este entendimento, a utilização de técnicas alternativas se apresenta necessária.

Certamente não há outro campo em que as técnicas alternativas para levar as partes a encontrar solução consensual a presente resultado mais efetivo do que no âmbito dos conflitos familiares: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um. Com isso possibilita que seus membros configurem um novo perfil familiar (DIAS, 2016, p. 86-87).

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105/2015) a composição entre as partes ganhou mais incentivo, uma vez que o legislador consagrou a arbitragem, a conciliação e a mediação; mas também autoriza outros métodos alternativos.

Logo no artigo 1º, o CPC dispõe: “§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.” (BRASIL, 2015)

Além dos já consagrados métodos de resolução de conflitos, o uso das constelações sistêmicas no direito familiar é matéria que merece observância dos juristas, por ganhar força nos últimos anos e por apresentar eficácia na reconstituição das relações familiares.

2. AS CONSTELAÇÕES SISTÊMICAS FAMILIARES

Conforme já mencionado, a demora na resolução de demandas é um problema combatido no ordenamento jurídico brasileiro que, através da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tornou mais estimulada a busca pela transação das partes. Em vários dispositivos, cuidou o legislador de incentivar a realização de tentativas de acordo entre os litigantes.

No direito de família, o uso das técnicas de mediação e conciliação vem sendo implementadas, contudo, às vezes não se mostra adequado, haja vista que o emprego de outro método se apresenta mais viável. Neste sentido, defende Daiana Tolfo Bitencourt:

O emprego da conciliação e mediação no âmbito do Direito de Família possibilitou uma abordagem diferenciada, porém, a sentença judicial, muitas vezes, não se mostrava efetiva, pois, não conseguia colocar fim ao conflito familiar, gerando ao judiciário reiteradas demandas.

Neste sentido, o emprego das Constelações Familiares no judiciário surge como uma forma efetiva de atendimento humanizado, a fim de propiciar as partes uma melhor percepção acerca do conflito familiar (BITENCOURT, 2019, p.1).

A partir desse entendimento é que as constelações sistêmicas ganharam espaço e tornaram-se alternativas na resolução das demandas de direito familiar. Antes de adentrar no estudo da aplicabilidade, passa-se à análise do conceito, origem e formas de realização das constelações.

2.1 CONCEITO E ORIGEM

Assim como a lição de Telma Freitas, o método da constelação sistêmica não se confunde com a mediação, uma vez que consiste em um método terapêutico destinado ao tratamento de questões físicas e mentais através da revelação de dinâmicas familiares ocultas (FREITAS, 2019).

A referida estudiosa aponta a origem da Constelação Sistêmica:

O método foi desenvolvido pelo psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, nascido na Alemanha em 1925. Trabalhando como

missionário na África de Sul, entre os zulus, durante 16 (dezesesseis) anos, atuando neste período como padre, desde os 20 anos de idade, e atuando como diretor de várias escolas, dentre elas, o Francis College, em Marianhill, então, ele desenvolveu sua técnica.

Bert Hellinger, pensador e pesquisador, escreveu vários livros sobre Constelação Familiar. E alega que o método é profundamente empírico. Além disso, afirma que possibilita descobrir as inúmeras leis que governam nossa vida e nosso destino.

Ao abordar essas leis ele recomenda não sermos categóricos. Dá-nos, assim, a liberdade de as colocarmos à prova, validando, adaptando e até mesmo revogando a lei através do método que ele chama de "fenomenológico". Por meio dele, então, é possível identificar acontecimentos que, mesmo desconhecidos, podem trazer problemas para a vida de uma pessoa (FREITAS, 2019, p.1).

Importa comentar sobre o criador do pensamento que originou as constelações sistêmicas, Bert Hellinger:

Antigo padre e missionário junto aos zulus, na África do Sul, o alemão Bert Hellinger é educador, psicanalista, terapeuta corporal, familiar e de grupos. Um homem com muita sabedoria e experiência de vida, segundo seus seguidores. Como viveu durante muitos anos em situações conflituosas, como soldado durante a Segunda Guerra Mundial, e depois se tornou padre, essas experiências tiveram um profundo efeito no desenvolvimento das constelações familiares (RIOS e SOCRATES, 2018, p.1).

Originado no Século XX, o pensamento sistêmico se desenvolveu por Bert Hellinger na década de 70 e chegou ao Brasil em 1999. Nos últimos anos, as Constelações Sistêmicas têm sido aplicadas no Judiciário e fora dele. Por isso, surgiu o termo Direito Sistêmico, de autoria do juiz Sami Sorchi, referente a aplicação das constelações nas ações de direito de família (BITENCOURT, 2019).

Por ser método terapêutico, aos especialistas em psicologia são os mais indicados na conceituação das constelações, cuja definição não é facilmente identificada, conforme Luci Bernardes Barros informou a Alan Rios e Tatiana Sócrates:

A psicóloga Luci Bernardes Barros é especialista em gestalt; terapia e atua na área há 18 anos. Nos últimos seis, também tem se dedicado à constelação sistêmica. Luci explica que se trata de uma terapia transformadora, essencialmente vivencial e fortemente referenciada nas sensações corporais, no sentir e no olhar. E vai além: a técnica mudou e ampliou muito sua prática e postura clínica.

De acordo com ela, é uma abordagem sistêmica e fenomenológica, que, em um único encontro, pode vir a descortinar uma dinâmica muitas vezes oculta no sistema familiar. Não há lógica na constelação familiar, pois é uma filosofia profunda, que atua num nível de alma; completa (RIOS e SOCRATES, 2018, p.1).

Justamente por ser uma filosofia profunda, utilizada em situações diversas e com pessoas distintas, é que as constelações podem ser realizadas através de métodos e formas diferentes, analisadas em cada caso.

2.2 MÉTODO E FORMAS DE REALIZAÇÃO

A existência de traumas e divergências entre os indivíduos em uma sociedade faz com que seja necessário a resolução dessas contendas para que, nas demais áreas da vida, a pessoa consiga se desenvolver e deixe para trás as mágoas que impedem de prosseguir.

A terapia há anos exerce esse papel. Através das constelações, os participantes são levados a se expressar e compreender os fatos que originaram os desentendimentos contemporâneos.

Sobre como se dá a realização das constelações sistêmicas, a lição de Camila Ramos:

A terapia ocorre em um local onde haja espaço para um grupo de pessoas e sua movimentação. Sempre haverá um terapeuta que comanda a sessão, chamado de constelador/facilitador. A sessão ocorre em forma de movimentos: a energia surge do inconsciente do constelado e um grande fenômeno acontece (2017, p.1).

O próprio criador do método destaca sobre o funcionamento das constelações:

O método da constelação é muito simples em seu processo básico. O terapeuta pede ao cliente, num grupo terapêutico ou de desenvolvimento pessoal, que posicione, de acordo com suas mútuas relações, pessoas significativas no tocante à questão ou necessidade apresentada por ele. São, por exemplo, pessoas mais íntimas de sua família de origem, a saber, ele próprio, seus pais e irmãos, às vezes apenas ele e seus pais ou ele e um sintoma que o incomoda. Para representar os personagens, o cliente escolhe certos participantes do grupo e os posiciona no recinto, de acordo com suas mútuas relações, sem fazer comentários. Ele deve fazer isso a partir de seu sentimento ou do "coração", portanto, sem buscar justificativas, sem escolher um determinado período de sua vida, e sem imaginar determinadas cenas que vivenciou em sua família. Simplesmente se deixa conduzir por um impulso interno indiferenciado e por uma atitude amorosa. Normalmente é preciso haver clareza sobre quem representa uma determinada pessoa da família ou algum sintoma, como o "medo" ou alguma entidade abstrata, como o "segredo" ou a "morte". (HELLINGER; SCHNEIDER, 2007, p. 15).

Sobre o que advém no decorrer das sessões da constelação sistêmica, o mesmo autor esclarece que os procedimentos se assemelham com rituais, onde existem ritos a serem cumpridos. Em suas palavras, a explicação:

As constelações familiares têm algo a ver com um ritual. As soluções têm algo a ver com um ritual, não as constelações em si. -Até a ordem de todo o processo me parece um ritual. Há um grande círculo, a pessoa entra nesse círculo, o senhor faz perguntas sobre a família dela, ela coloca a constelação familiar e se senta. - O senhor interroga os representantes, os muda de lugar e, então, dependendo das circunstâncias, são formuladas, no fim, frases que libertam. Existe uma clara dramaturgia, uma sequência que sempre se repete. O conceito de ritual coloca esse trabalho num outro contexto. O trabalho com constelações familiares é um método. Eu só posso construir uma casa colocando uma pedra em cima da outra. E nem por isso se trata de um ritual. (...) O ritual tem um fundo religioso, as constelações familiares não. A solução talvez tenha algo a ver com um ritual. Mas o trabalho com constelações é apenas um método. (...) Existe uma profundidade para a qual tudo conflui. Ela fica fora do tempo. Eu vejo a vida como uma pirâmide. Lá

em cima, bem na ponta, acontece aquilo que chamamos de progresso. Nas profundezas o futuro e o passado são idênticos. Ali só existe espaço, não existe tempo. Às vezes, existem situações nas quais se entra em contato com essa profundidade. Nesses momentos pode-se reconhecer, por exemplo, ordens, ordens ocultas, e consegue-se tocar a grandeza da alma. (HELLINGER; HÖVEL, 2007, 67/68).

Além disso, Bert Hellinger aponta a existência de três leis básicas do relacionamento humano que atuam de forma simultânea, quais sejam: Pertencimento; lei da Ordem e Lei do Equilíbrio, tais situações impactam a forma de resolução de conflitos no direito de família (FREITAS, 2019).

Sobre a forma como se dá a realização da terapia de Constelação Sistêmica, Alan Rios e Tatiana Sócrates lecionam sobre a possibilidade de ser feita em conjunto ou não. Duas são as espécies analisadas:

Uma constelação pode ser realizada em grupo ou individualmente. No método individual, são utilizadas representações simbólicas, que podem ser bonecos, cartas, almofadas, entre outros elementos. Nesse caso, explica Luci, ocorre uma sinergia muito grande entre terapeuta e constelado, pois o processo e as imagens internas de quem está sendo tratado podem ser atentamente acompanhados pelo constelador, por meio da observação corporal, da expressão dos sentimentos e das falas.

Já quando a terapia é aplicada em grupo, deixam-se de lado esses elementos representativos e são os participantes da sessão que simbolizam os laços familiares e as situações de conflito. Ou seja, em vez de o constelado eleger, por exemplo, uma carta, uma almofada ou um boneco que simbolize o pai, ele escolhe um indivíduo do grupo para isso (RIOS e SOCRATES, 2018, p.1).

Conscientes das formas como ocorre o procedimento, bem como das vantagens que o uso das constelações apresenta aos participantes desse método, é que no âmbito judicial tais terapias têm ganhado força nas demandas de direito da família.

Apesar de semelhantes, não se tratam de conciliações e mediações nos seus métodos originários, mas com maior efetividade do que estes últimos, as

constelações sistêmicas são capazes de curar a origem das disputas nos processos familiares.

3 A APLICABILIDADE DAS CONSTELAÇÕES SISTEMICAS NAS RELAÇÕES DE DIREITO DE FAMÍLIA

Ante a constatação de que nas demandas familiares muitas ações decorrem de problemas de relacionamentos não bem resolvidos entre os indivíduos, é que a utilização das técnicas das constelações sistêmicas passaram a ser analisadas e implementadas por integrantes do Poder Judiciário.

O motivo que justifica a utilização desta técnica das demandas processuais consiste no fato de que a resolução do conflito não deve se limitar ao proveito jurisdicional, mas sim levar à reconciliação das partes dentro no ambiente de convivência familiar, partindo de uma compreensão da origem do problema.

A constelação familiar atua de forma energética e visa solucionar um conflito por vez. Suas dinâmicas consistem em montar o sistema familiar e entrar em contato com o campo morfogenético do sistema familiar do paciente. Esse contato possibilita, assim, identificar os motivos que possam ter ocasionado um desequilíbrio nesse sistema (FREITAS, 2019, p.1).

Trata-se de instrumento que apresenta bons resultados no âmbito judicial, uma vez que, contém efeitos consideráveis na mudança sentimental e vivencial das partes, colocando fim às demandas, por meio de um grande número de arquivamentos, com qualidade na resolução daquelas, desafogando o Judiciário, agilizando-o, além de auxiliar o indivíduo que vivenciou a experiência (RAMOS, 2019).

Desse modo, a sua implementação nos processos familiares decorre de uma modificação vivenciada pelo Poder Judiciário.

O Judiciário está passando por uma reforma profunda no Brasil, no sentido de tornar-se mais humanizado e sintonizado com essa necessidade de mudança da população. A Justiça Restaurativa e as Constelações vêm sendo abraçadas por diversos tribunais no país e Mato Grosso é um dos pioneiros deste movimento. É uma nova solução para um novo tempo que estamos vivendo. (STORCH *apud* RAMOS, 2019, p.1)

A previsão legal das constelações se observa da Resolução 125 do Conselho nacional de Justiça e também dos dispositivos do Código de Processo Civil, que incentivam a resolução consensual dos litígios.

Além disso, é possível afirmar que as técnicas de constelação sistêmica em muito se assemelham à mediação, amplamente incentivada no ordenamento processual nacional.

Como é possível observar, os preceitos básicos para atuação de um mediador se une aos dos consteladores, em uma espécie lógica e próxima, no que tange estes estarem em contato direto ao sentimento do paciente em questão. A mediação é como “uma terapia constelar”, obviamente, com menos técnicas “espirituais e sentimentais” aplicadas, porém, vale dizer, que se equipara sim e tem, também, grandioso resultado quando bem direcionado (RAMOS, 2019, p.2).

Em que pese à viabilidade que a constelação apresenta, não é procedimento obrigatório no ordenamento nacional, posto que, tal qual o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no caso de uma ação de interdição, não consiste em condição à tutela jurisdicional.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL – PESSOAS NATURAIS – CAPACIDADE – Ação de interdição – Sentença de parcial procedência – Inconformismo do réu, na figura de sua curadora especial designada para defender seus interesses, a qual pretende condicionar a interdição à prática de “Constelação Familiar” em prol da aplicação do Direito Sistêmico – Pretensão recursal de caráter mandamental que transcende os limites da tutela jurisdicional – Exegese do artigo 758 do Código de Processo Civil – Sentença mantida por seus próprios fundamentos – Recurso não provido. (TJ-SP – AC: 10012608920198260597 SP 1001260-89.2019.8.26.0507, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 23/01/2020, 2ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 23/01/2020).

Trata-se de mecanismo que foi utilizado em julgamento de feito relacionado à regulamentação de visitas, sendo que, através da realização das constelações, restou constatado o impasse de convivência entre partes envolvidas na demanda.

Apelação. Ação de regulamentação de visitas proposta por avó materna contra genitora, em razão de neta/filha das partes. Sentença de improcedência. Inconformismo da avó materna. Não provimento. Rejeitada alegação de cerceamento de direito de produzir prova. Prova oral desnecessária. No mérito,

igualmente inconvincentes as razões recursais. Laudos técnicos produzidos no sentido de concluir pela inconveniência da aproximação entre criança e avó materna. Possível inferir da dinâmica do relacionamento interpessoal dos envolvidos que a menor terá atendido o seu melhor interesse sem o contato de visitação frequente com a avó materna, enquanto não superadas as desinteligências entre a avó e a genitora. Sentença mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP). Recurso desprovido. (TJ-SP – AC: 10090886220168260009 SP 1009088-62.2016.8.26.0009, Relator: Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 22/07/2020).

Contudo, no caso a seguir, o juízo reconheceu a relevância da constelação sistêmica dentre as vias conciliatórias, mas não lhe atribui caráter probatório, apesar de ter havido requerimento da parte nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA E FAMILIA. MEDIDA DE PROTEÇÃO. ABUSO SEXUAL POPR OCASIAO DE VISITAÇÃO PATERNA. PERICIAS CONTRADITÓRIAS. DINAMICA SISTEMICA DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES COMO TÉCNICA PARA REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. NÃO CABIMENTO. AUSENCIA DO STANDARD DA PROVA CLARA E CONVINCENTE. PRESENÇA DE ELEMENTOS DE PROVA CONTRÁRIOS À OCORRENCIA DE ABUSO. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS. INTEMPESTIVIDADE RECURSAL. Preliminar de intempestividade: O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o prazo recursal especial, previsto no ECA, de 10 dias, é aplicável somente aos procedimentos especiais previstos nos arts. 152 a 197 da legislação especial, incidindo nas demais hipóteses o prazo de 15 dias, estabelecido pelo Código de Processo Civil. Consequentemente, rejeita-se a preliminar de intempestividade recursal. MÉRITO Um dos objetivos do Processo Civil atual é criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa e, desse modo, proporcionar às partes a obtenção de solução de mérito justa, efetiva e em prazo razoável (artigo 4 e 6º do CPC). E é justamente no âmbito desse novo paradigma e base de princípios do Processo Civil atual que, pela via CONCILIATÓRIA, situa-se a dinâmica das Constelações... Familiares e o Direito Sistêmico. Consequentemente, a segunda tentativa de perícia neste

processo (laudo de fl. 336/340), realizada por psicóloga, mas com base na técnica da dinâmica sistêmica das constelações familiares, muito antes de não atender ao standard da prova clara e convincente, sequer se trata de prova pericial. Não se está a negar a utilidade e a relevância da técnica da dinâmica sistêmica como um instrumento eficaz para obtenção de uma conciliação qualificada, com potencial de oferecer ao jurisdicionado uma efetiva restauração de conflitos familiares, dando concretude a uma Cultura da Paz. Todavia, é de rigor reconhecer que a técnica utilizada no segundo laudo (Constelações Familiares), para além de encontrar, no Direito Processual, inserção limitada à atividade conciliatória e de autocomposição das partes em litígio, também não é método, com a segurança científica necessária, para amparar perícia, com objetivo de identificar a ocorrência de fato ou ato (no caso deste processo, do abuso sexual praticado pelo apelante). Dito isso, verificados outros elementos de prova a indicar a inoocorrência de abuso sexual paterno (tal como as declarações da primeira psicóloga, que não identificou abuso). E, principalmente, a circunstância da própria genitora, ...acompanhada de seu advogado, ter consentido nas visitas paternas, mesmo após impugnar o primeiro laudo pericial (preclusão lógica da faculdade de impugnar a primeira perícia); é de rigor a imediata retomada da visitação paterna. **REJEITARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO.** (Apelação Cível nº 70076720119, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/08/2018. Publicação: Diário da Justiça do dia 11/09/2018).

Da leitura dos julgados anteriores, observa-se que as constelações familiares são reconhecidas pelo Judiciário, mas utilizadas em sua grande maioria, no início do processo, não tendo o condão de provar fatos.

De fato, a sua utilização tem por finalidade um proveito jurisdicional que não necessariamente precisa ser um julgamento de mérito puramente dito.

Para os juízes, que têm se capacitado para aplicá-la, a Constelação permite que a Justiça ofereça outras soluções ao litígio que não somente a sentença, que soluciona o problema de forma momentânea, mas, soluções que permitem viabilizar a paz, de forma que o conflito seja visto e compreendido pelas

partes. A Constelação Familiar pertence a mãos responsáveis. O constelador deve estar diante das pessoas e da vida de forma consciente, cuidadosa, respeitosa e aberta, atento aos detalhes. Esta é a tarefa de aprendizagem, de observar o não falado. O Constelador atua na vida prática com as ordens do amor e com as ordens de ajuda (BITENCOURT, 2019, p.1).

Corroborando com a lição anterior, os proveitos da Constelação Sistêmica Familiar são apresentados por Elza Vicente Carvalho, que indica as “ordens do amor”, utilizadas no decorrer do procedimento:

As constelações familiares são orientadas por três princípios básicos, que denominamos como “AS ORDENS DO AMOR”, “A necessidade do pertencimento”, “o equilíbrio entre o dar e o receber” e a “hierarquia no sistema familiar”. Estas ordens são pré-estabelecidas e estão contidas nos movimentos que acontecem nos sistemas familiares. Quando estas ordens são aplicadas, cessa a responsabilidade por injustiças cometidas no grupo familiar. As culpas e as consequências retornam às pessoas a que pertencem, e começa a reinar a compensação por meio do bem, substituindo a necessidade sinistra de equilibrar por meio do funesto, que gera o mal a partir do mal. O sucesso acontece quando os mais novos aceitam o que receberam dos mais velhos, apesar do preço, e os honram, independentemente do que tenham feito. Os excluídos recuperam seu direito de ser acolhidos e nos abençoam ao invés de nos amedrontarem. Quando lhes damos um lugar em nossa alma, ficamos em paz com eles. A partir do momento que estamos de posse de todos os que nos pertencem, de todos os que fazem parte do nosso sistema familiar, sentimo-nos inteiros e plenos no amor que pode fluir e crescer. Aquilo que se coloca a caminho, sem nenhuma intenção, sem medo e sem vontade de ajudar alguém de qualquer maneira. Por meio do trabalho com os representantes podemos verificar que eles se movimentam sob o impulso da alma e encontram soluções que estão além da influência do constelador ou do terapeuta (CARVALHO, 2012, p.1).

Especificamente no ordenamento jurídico, no Estado do Rio de Janeiro, as Constelações foram idealizadas pela Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina e apresentou bons resultados, conforme noticiado pelo Conselho Nacional de Justiça:

o juiz da 1ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina, André Tredinnick, idealizou o projeto Constelações, que introduz a técnica da constelação familiar no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ).

O magistrado explica que o projeto é baseado, simplesmente, no diálogo. “Muitas vezes, mesmo quando há acordo judicial, o conflito que levou uma família a procurar a Justiça permanece, gerando reincidência. Se o motivo inicial era a pensão alimentícia, o novo processo pode tratar da guarda, por exemplo. A constelação familiar não substitui um processo terapêutico, mas proporciona ferramentas para que as pessoas envolvidas encontrem, elas mesmas, soluções”, explica o juiz Tredinnick. O projeto é desenvolvido pelo Centro Judiciário de Soluções de Conflito e Cidadania (Cejusc), do fórum regional.[...]

Para as primeiras experiências do projeto, cerca de 300 processos com temas semelhantes sobre questões como pensão alimentícia e guarda dos filhos foram selecionados em 2016 com apoio dos servidores da Justiça do Rio. Os representantes legais foram convidados a participar das sessões, realizadas pela equipe multidisciplinar da Associação Práxis Sistêmica.

Ao final dos encontros, os participantes puderam avaliar o método por meio de um formulário. Pelos resultados preliminares da pesquisa, o índice de aprovação da técnica foi de quase 80%. Além disso, 86% das audiências realizadas após a constelação resultaram em acordos. Os resultados ainda fazem parte de estudo para saber se os acordos foram cumpridos e serão comparados aos dados dos processos que não utilizaram a constelação familiar (CNJ, 2017, p.1).

Apesar de aplicado em algumas situações, as Constelações Sistêmicas necessitam ser melhor compreendidas no âmbito jurídico, a fim de proporcionar a resolução das demandas de direito de família de forma mais eficiente possível. Aos estudiosos é importante conhecer esse método terapêutico que pode dar fim a demandas familiares judiciais e sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço das técnicas de resolução consensual dos conflitos, no processo civil brasileiro, elevaram as tentativas de realização de autocomposição das demandas processadas sob a vigência da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015.

Isto porque, com o advento do Novo CPC a mediação e a conciliação tornaram-se regras na fase preliminar dos processos e podem ser implementadas também nas ações relacionadas aos direitos de família e a convivência entre os membros que compõem essa entidade.

Dentre as formas de autocomposição, nos últimos anos, ganhou força entre os profissionais da área jurídica, o uso das chamadas constelações sistêmicas familiares quando da designação das tentativas iniciais processuais. Criada através do estudo de Hellinger, a constelação é conduzida por pessoas capacitadas e levam à resolução não apenas da lide em si, mas especialmente a origem da divergência.

Tendo em vista que a sentença consiste na prestação jurisdicional satisfatória, em tese, ao dizer o direito; ao se tratar de relações familiares, nem sempre a restauração da convivência se dá da forma necessária, que somente aumenta o risco de reiteração dos desentendimentos.

Deste modo, é inequívoca a aplicabilidade das constelações sistêmicas familiares aos feitos, quando a sua utilização obedece aos ditames legais e atende aos interesses de ambas as partes, observados os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

REFERENCIAS

BARROS, Sérgio Resende. **Direitos Humanos e Direito de Família**. Texto básico da palestra proferida no dia 29 de agosto de 2003, na XII Jornada de Direito de Família, realizada no Auditório da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/direitos-humanos-e-direito-de-familia.cont>>. Acesso em 25 ago. 2020.

BITENCOURT, Daiana Tolfo. **Aplicabilidade das constelações familiares como método alternativo na resolução de conflitos no direito de família**. DireitoNet, 6 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11111/Aplicabilidade-das-constelacoes-familiares-como-metodo-alternativo-na-resolucao-de-conflitos-no-direito-de-familia>>. Acesso em 25 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 27 ago. 2020.

CARVALHO, Elza Vicente. **Constelações Familiares Sistêmicas.** Revista Saúde Quântica / vol.1 – nº 1 / Jan – Dez 2012. Disponível em: <<https://www.uninter.com/revistasauade/index.php/saudequantica/article/viewFile/17/49>>. Acesso em 25 mai. 2020.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Constelação Familiar é aplicada a 300 casos no Rio. Publicado em 29 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-e-aplicada-a-300-casos-no-rio/>>. Acesso em 23 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico].** – 4. Ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 3,03 Mb; PDF.

FREITAS, Danielli Xavier. Modalidades de arranjos familiares na atualidade. Jusbrasil, 2014. Disponível em: <<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/143732565/modalidades-de-arranjos-familiares-na-atualidade>>. Acesso em 24 ago. 2020.

FREITAS, Telma. Mediação e constelação familiar sistêmica na resolução de conflitos. SAJ Advs, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/mediacao-constelacao-familiar/>>. Acesso em 25 mai. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume VI: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional** / Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho: São Paulo – Saraiva, 2011.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Ten Gabriele. **Constelações Familiares: O Reconhecimento das Ordens do Amor.** São Paulo, Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert; SCHNEIDER, Jakob Robert. **A Prática das Constelações Familiares.** Patos de Minas, Atman, 2007.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Entidades familiares: uma análise da evolução do conceito de família no Brasil na doutrina e na jurisprudência.** Âmbito Jurídico, 01 de abril de 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/entidades-familiares-uma-analise-da-evolucao-do-conceito-de-familia-no-brasil-na-doutrina-e-na-jurisprudencia/>>. Acesso em 26 ago. 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2020.

RAMOS, Camila. **A constelação sistêmica aplicada ao direito de família**. Jus.com, junho de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74944/a-constelacao-sistemica-aplicada-ao-direito-de-familia>>. Acesso em 10 set. 2020.

RIOS, Alan; SOCRATESM, Tatiana. Conheça a constelação sistêmica, terapia que ganha cada vez mais adeptos. Revista Correio Braziliense, 01 de julho de 2018. Disponível em:

<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/revista/2018/07/01/interna_revista_correio,691633/constelacao-sistemica-ganha-cada-vez-mais-adeptos.shtml>. Acesso em 25 mai. 2020.

TJ-SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10012608920198260597 SP 1001260-89.2019.8.26.0507, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 23/01/2020, 2ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 23/01/2020.

TJ-SP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AC: 10090886220168260009 SP 1009088-62.2016.8.26.0009, Relator: Piva Rodrigues, Data de Julgamento: 22/07/2020.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

BENIGNO NÚÑEZ NOVO:
Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

Resumo: Este artigo tem por objetivo fazer um estudo sintético do processo administrativo disciplinar que se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constitui a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento. As decisões do PAD podem ser questionadas judicialmente; As decisões do PAD podem ser anuladas pela própria Administração Pública quando houver vício insanável.

Palavras-chave: Processo administrativo disciplinar. Instauração. Inquérito administrativo. Defesa. Julgamento.

Abstract: This article aims to make a synthetic study of the disciplinary administrative process that takes place in the following phases: I - establishment, with the publication of the act that constitutes the commission; II - administrative inquiry, which includes instruction, defense and report; III - judgment. PAD's decisions can be questioned in court; PAD decisions can be annulled by the Public Administration itself when there is an insurmountable defect.

Keywords: Disciplinary administrative procedure. Installation. Administrative inquiry. Defense. Judgment.

Sumário: Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências.

Introdução

O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investida.

Diferentemente do que ocorre no processo judicial, o processo administrativo pode ser instaurado de ofício, ou seja, pela própria autoridade administrativa. Via de regra, o requerimento de instauração do processo administrativo deve ser feito por escrito, mas excepcionalmente pode ser admitido sob a forma oral.

2 Desenvolvimento

Processo administrativo é a sequência de atividades da Administração, interligadas entre si, que visa a alcançar determinado efeito final previsto em lei trata-

se do modo como a Administração Pública toma suas decisões, seja por iniciativa de um particular, seja por iniciativa própria.

O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: **I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - julgamento.**

Na fase de instauração devem ser tomadas providências administrativas que ocasionarão efeitos importantes no desenrolar do processo punitivo.

Para a instauração, deve sempre haver obrigatoriamente motivação. E, havendo a prova da irregularidade ou mesmo indícios de sua prática, a lei é taxativa no dever que tem a autoridade de mandar apurar os acontecimentos. Vejamos o que diz o Estatuto:

Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Na fase de instauração, a autoridade deve verificar vários requisitos, como:

- a) competência;
- b) requisitos de estabilidade dos membros da comissão;
- c) requisito de escolaridade ou nível de cargo efetivo do Presidente da comissão;

Para instaurar um processo disciplinar, a autoridade tem que deter a competência para tal ato. Como regra geral, o chefe da repartição tradicionalmente detinha esta competência. Assim, um Superintendente, um Diretor-Geral, um Gerente-Geral, um Presidente de Autarquia, naturalmente possui o poder disciplinar, para instaurar a apuração disciplinar. Na maioria dos casos não terá competência para o julgamento, porém poderá mandar esclarecer os fatos.

Com a cada vez maior complexidade da atuação dos órgãos do Poder Executivo na República Federativa do Brasil, vê-se um movimento forte no sentido de especializar essa atribuição, criando-se corregedorias nos órgãos para, privativamente, realizar essa árdua tarefa de instauração dos processos. E, isso é muito importante, tendo em conta que, nas corregedorias, haverá uma maior especialização dos servidores que desempenharão com melhor galhardia os atos e procedimentos preparatórios, como o famoso juízo de admissibilidade. Neste juízo preparatório, o corpo de funcionários da corregedoria, motivará a necessidade de apuração ou, se não for o caso de ilícito disciplinar, poderá sugerir o arquivamento do feito.

Após a fase de instauração, segue-se a fase de Inquérito Administrativo. O Inquérito se subdivide em: a) instrução processual; b) defesa; e c) relatório final.

Na instrução, a comissão deverá juntar documentos, dando vista dos mesmos ao interessado. Providenciar a oitivas das testemunhas, com a intimação prévia do notificado para poder acompanhar a assentada. Poderá solicitar realização de perícia técnica, formulando os quesitos. Deverá fazer diligências, quando for necessário verificar *in locu* alguma situação fática que mereça esclarecimento. Sendo o ato mais importante: a realização do interrogatório do envolvido.

Comprovada, em fase de indícios fortes, a infração disciplinar, deverá redigir um termo, com a devida tipificação, e expedir mandado de citação, com prazo de 10 dias para que o indiciado apresente defesa escrita. Se forem dois ou mais os indiciados, o prazo para defesa escrita será dobrado, ou seja, vinte dias.

Apresentada a defesa, a comissão terá que rebater ponto por ponto a peça do indiciado, sendo que poderá resultar dessa análise o acatamento total ou parcial das razões, ou a denegação total dos pleitos defensivos, por ausência de suporte fático-probatório e/ou desamparo legal.

A Comissão tem o prazo de 60 dias para a conclusão da instrução do processo, podendo o mesmo ser prorrogado por igual prazo, *in verbis*.

Art. 152. O prazo para a conclusão do processo disciplinar não excederá 60 (sessenta) dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por igual prazo, quando as circunstâncias o exigirem.

Cabe ressaltar, ainda, que o prazo para conclusão dos trabalhos não é peremptório, podendo a comissão ter seu prazo de encerramento prorrogado ou ainda pode a mesma ser reconduzida por igual período de tempo. Assim, não há nulidade na extrapolação desse prazo.

Neste sentido vejamos o que a Controladoria-Geral da União nos ensina em seu Manual de Processo Administrativo Disciplinar:

Nessa linha, o STJ já se manifestou no sentido de que a não conclusão do processo administrativo disciplinar no prazo de 120 dias (prazo originário de 60 dias mais a prorrogação por igual período), na forma do art. 152 da Lei nº 8.112/90, não constitui nulidade. Eis o excerto que traduz esse entendimento:

STJ, Mandado de Segurança nº 7.962: “Ementa: Esta Colenda Corte já firmou entendimento no sentido de que a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não consubstancia nulidade susceptível de invalidar o procedimento.”

Idem: STF, Mandados de Segurança nº 7.015, 21.494 e 22.656; e STJ, Mandados de Segurança nº 7.066, 7.435 e 8.877; e Recursos em Mandado de Segurança nº 6.757 e 10.464.

Após a fase de defesa, o último ato da comissão deverá ser a apresentação do Relatório Final, findando assim a fase de instrução.

A última fase do PAD, prevista na Lei nº 8.112/90, é o julgamento.

No julgamento, cujo prazo é de 20 dias, a autoridade julgadora procederá ao arquivamento ou à aplicação da penalidade, devendo acatar o entendimento da comissão processante, exceto se não houver compatibilidade entre a penalidade sugerida e o ilícito administrativo praticado e demonstrado no curso do PAD.

Note-se que, em que pese à lei fixar o prazo para julgamento em 20 dias, não há nulidade acaso ultrapassada os vinte dias, porque a teoria das nulidades em processo disciplinar é clara em admitir que esta somente ocorre quando a irregularidade processual configura prejuízo para o direito de defesa do acusado.

É muito importante, para o julgador ter em mente o contido no art. 168 do Estatuto, evitando-se os desnecessários agravamentos de penalidade. A Lei não contém palavras inúteis. Então se a Lei exige a concordância com as conclusões da Comissão de PAD, existe um sentido nessa disposição legal. É que é a Comissão que teve o contato pessoal com as provas, com as testemunhas, com o próprio acusado, quase que como o princípio da identidade física do Juiz, *mutatis mutandis*. Conforme estabelece o art. 168 da Lei nº 8.112/90:

Art. 168. O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade.

O poder disciplinar só pode se realizar através de um processo. Através de um processo administrativo, o poder público irá apurar os fatos, imputar o ato ilegal a

alguém, oferecer-lhe e propiciar-lhe meios para que possa se defender, para só depois, se for o caso, aplicar a sanção punitiva.

As decisões do PAD podem ser questionadas judicialmente; As decisões do PAD podem ser anuladas pela própria Administração Pública quando houver vício insanável.

A autoridade competente é obrigada a instaurar um PAD se houver motivos;

Penalidades mais graves (suspensão de mais de 30 dias, demissão, cassação da aposentadoria ou da disponibilidade e destituição de cargo em comissão) só com PAD;

O PAD pode ser instaurado com base em denúncia anônima;

O servidor não pode pedir exoneração ou aposentadoria para se livrar do PAD;

O prazo do PAD é de até 60 dias, prorrogáveis por igual período;

O servidor poderá ser afastado durante o PAD, sem prejuízo da sua remuneração;

O servidor pode constituir procurador ou contratar um Advogado para acompanhar o PAD;

A comissão deve ser formada por 3 servidores estáveis;

As decisões do PAD podem ser questionadas judicialmente;

As decisões do PAD podem ser anuladas pela própria Administração Pública quando houver vício insanável.

Conclusão

O processo administrativo disciplinar é um instrumento pelo qual a administração pública exerce seu poder-dever para apurar as infrações funcionais e aplicar penalidades aos seus agentes públicos e àqueles que possuem uma relação jurídica com a administração.

O poder disciplinar só pode se realizar através de um processo. Através de um processo administrativo, o poder público irá apurar os fatos, imputar o ato ilegal a alguém, oferecer-lhe e propiciar-lhe meios para que possa se defender, para só depois, se for o caso, aplicar a sanção punitiva.

Referências

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 20ª Ed, São Paulo: Atlas, 2007.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 32ª edição; Malheiros Editores, 2006.

STF DEVE ANALISAR TESE QUE NÃO RECONHECEU À EMPREGADA TEMPORÁRIA GESTANTE A GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO

LUIZ CARLOS SANTOS JUNIOR, Servidor Público do Município de Manaus, Advogado do Escritório R.L Santos Advogados, especialista em direito civil e processo civil e em direito do trabalho e processo do trabalho.

RESUMO: Do cabimento de Recurso Extraordinário em face de tese firmada em incidente de assunção de competência pelo TST e das dificuldades para o seu processamento e conhecimento face à omissão do CPC.

Em 18/11/2019, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho – TST, ao julgar o incidente de assunção de competência – IAC nº 2, processo nº 5639-31.2013.5.12.0051, fixou a seguinte tese: "*é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*".

Contudo, tendo em vista a relevância da matéria constitucional tratada no incidente, causou estranheza a existência de apenas um único recurso extraordinário interposto em face do acórdão do Pleno do TST, o qual aguarda apreciação de sua admissibilidade pela vice-presidência do Tribunal. A esse respeito, debruça-se o presente artigo na análise dos aspectos processuais e constitucionais trazidos à baila pelo recurso.

Nesse diapasão, em que pese o código de processo civil não preveja expressamente o cabimento de recurso extraordinário em face de tese firmada em IAC, certo é que o não cabimento outorgaria caráter de definitividade à decisão do TST, em clara afronta à competência constitucional conferida ao Supremo Tribunal Federal – STF pela carta magna.

Essa concepção é reforçada pelo próprio regimento interno do TST, o qual prevê que o incidente de superação e revisão dos precedentes firmados por meio da sistemática de recursos repetitivos, de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas não poderá ser instaurado em prazo inferior a 1 (um) ano, a contar da publicação da decisão que firmou o precedente vinculante, salvo alteração na Constituição da República ou na lei que torne inadequado o entendimento firmado pelo TST.

Logo, não se mostra coerente submeter a parte alcançada pela tese firmada em IAC, à espera da aplicação do entendimento fixado pelo TST nos

processos sobrestados que ainda tramitam em instância inferior, principalmente porque a tese é de observância obrigatória e, antes de questioná-la diretamente ao STF, seria necessário recorrer ao TST, sob pena de supressão de instância, apesar do mesmo já possuir posição consolidada sobre o assunto, acarretando o prolongamento excessivo do processo, desvirtuando a lógica processual e violando o princípio da razoável duração do processo.

Dessarte, como fundamento do recurso extraordinário, invocou-se o art. 102, III, a) da Constituição Federal, o qual atribui competência ao STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo constitucional. Nesse sentido, conforme explicitado alhures, não seria possível recorrer diretamente ao STF da decisão do Tribunal Regional do Trabalho – TRT que aplica a tese firmada em IAC pelo TST, porquanto não se estaria diante de decisão proferida em última instância.

Ademais, considerou-se ainda o entendimento doutrinário acerca da existência de um microsistema de formação de precedentes qualificados. Conforme preleciona Leonardo Carneiro da Cunha e Fredie Didier Jr., “existe um *microsistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, formado pelo incidente de assunção de competência e pelo julgamento de casos repetitivos. Suas respectivas normas intercomunicam-se e formam um microsistema, garantindo unidade e coerência.*”

De tal sorte, os institutos do IRDR e do IAC tratam sobre questões unicamente de direito e privilegiam os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da razoável duração do processo, tendo como principal diferença a utilização do IRDR para situações em que há efetiva repetição de processos, enquanto o IAC pode ser manejado para solver controvérsias de grande repercussão social.

Do exposto, infere-se ser possível a aplicação dos dispositivos previstos ao IRDR ao IAC, porquanto ambos são precedentes qualificados e fazem parte de um microsistema. Essa posição é reforçada quando analisamos, por exemplo, a aplicabilidade dos incidentes como fundamentos para a improcedência liminar do pedido; para a dispensa da remessa necessária; para o julgamento de recurso monocraticamente pelo relator; para a dispensa da exigência de caução no cumprimento provisório; para o cabimento de Reclamação; dentre outros.

Com base nesse entendimento, soa razoável a aplicação dos dispositivos legais concernentes ao IRDR ao caso concreto (art. 987 do código processual), o qual além de prever o cabimento de recurso extraordinário do julgamento do mérito do IRDR, ainda confere ao mesmo efeito suspensivo “*ope legis*” e a presunção de

repercussão geral, levando em conta a relevância dos precedentes qualificados, dentre eles o IAC.

Sendo cabível, em tese, recurso extraordinário para questionar o acórdão do pleno do TST (que por meio de um processo subjetivo afetado para julgamento em sede de IAC, fixou tese de caráter vinculante, a qual será aplicada em todo o território nacional) indaga-se acerca da legitimidade e interesse recursal de quem não foi parte no processo, mas que será atingido pela tese fixada.

Para essa pergunta, faz-se necessária realizar nova analogia relativa aos institutos do IRDR e do IAC, considerando que no caso do IRDR, possuem legitimidade e interesse todos aqueles que tiveram seus processos suspensos em decorrência de versarem sobre a mesma questão objeto do incidente já instaurado. Assim dispõe o enunciado 94 do FPPC, *in verbis*:

FPPC 94. (art. 982, § 4º; art. 987) A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do art. 982 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra o acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Quanto mérito do IAC, prevaleceu o voto divergente da ministra Maria Cristina Peduzzi, pois ao realizar o *distinguishing* entre o caso concreto e o enunciado da súmula do TST 244, item III, explicou que somente um dos precedentes que fundamentaram o item III da súmula supracitada não se refere ao contrato de experiência, o qual tem disciplina na CLT e é diverso do contrato temporário, regido pela lei 6.019/74. Ressaltou ainda:

"No contrato de experiência, existe a expectativa legítima por um contrato por prazo indeterminado. No contrato temporário, ocorre hipótese diversa - não há perspectiva de indeterminação de prazo."

A ministra ainda afirmou que o artigo 10, inciso II, alínea "b", do ADCT veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa, *"o que não ocorre de forma visível nos contratos temporários, sempre celebrados a termo e que se extinguem pelo decurso do prazo neles fixado. Nem há presunção de continuidade, como nos casos de experiência. O vínculo temporário finda pelo decurso do prazo máximo previsto na Lei 6.019/74 ou pelo fim da necessidade transitória da substituição de pessoal regular e permanente ou acréscimo de serviço"*.

A despeito da tese vencedora, no que tange ao aspecto constitucional, infere-se que mesma destoa do entendimento dominante manifestado pelo STF, o qual vem atuando de forma a conferir máxima eficácia da norma constitucional que

garante estabilidade provisória à gestante. Nessa esteira, percebe-se que existem precedentes do STF reconhecendo a estabilidade provisória como direito público subjetivo *“às gestantes quer se trate de **servidoras públicas**, quer se cuide de **trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico** a elas aplicável, não importando se de **caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT)**, mesmo aquelas **ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança** ou, ainda, **às contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição**, ou admitidas a **título precário**”*, não sendo razoável excluir desse entendimento as trabalhadoras regidas pela Lei nº 6.019/74.

Outrossim, em que pese as particularidades do contrato de trabalho temporário, tal como *“o atendimento à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços”*, não subsistem razões para que a trabalhadora regida pela Lei nº 6.019/74 seja excluída da proteção constitucional mencionada no art. 10, II, b, do ADCT, porquanto o legislador não previu tal exclusão na lei, tampouco há qualquer ressalva no texto constitucional.

Essa restrição criada pelo TST mostra-se em desacordo com a CLT, uma vez que a estabilidade provisória da gestante, aplicável à empregada contratada nos termos da Lei nº 6.019/74, constitui risco inerente ao exercício da atividade econômica, o qual deve ser suportado pelo empregador, sendo vedada a sua transferência para a empregada.

Em verdade, constata-se ainda que a tese fixada pelo TST representa retrocesso no que tange aos direitos sociais, porquanto os mesmos devem ser analisados na perspectiva do reconhecimento e consolidação de direitos, de modo que uma vez reconhecido determinado direito como fundamental na ordem interna, ou, em sua dimensão global na sociedade internacional, inicia-se a fase de consolidação, não havendo mais como o Estado regredir ou retroceder diante dos direitos sociais reconhecidos.

A partir daí, verifica-se o nascimento do chamado efeito *“cliquet”* dos direitos sociais, o qual preconiza que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar nas proteções dos indivíduos. No Brasil esse efeito é conhecido como princípio da vedação do retrocesso, ou seja, os direitos sociais só podem avançar. Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que é **inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses**.

Assim, sobre o prisma constitucional, é possível que a tese fixada pelo TST seja considerada inconstitucional, uma vez que implicaria inegável retrocesso do direito social referente à estabilidade provisória garantida à gestante pela

Constituição Federal, porquanto restringe o seu alcance à empregada regida pelo contrato temporário previsto na Lei nº 6.019/74.

O PACOTE ANTICRIME E A IRRETROATIVIDADE DA NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO NO ESTELIONATO QUANTO AOS PROCESSOS EM CURSO

MARCELLA VIEIRA DE QUEIROZ CARNEIRO:

Advogada. Pós-Graduada pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Pós-Graduada pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul.

RESUMO: A lei nº 13.964, de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, foi editada com o escopo de trazer normas mais rigorosas no combate à corrupção, ao crime organizado e aos crimes com violência contra a pessoa. Porém, no tocante ao crime de estelionato, a legislação perfilhou previsão mais branda, exigindo, como regra, para a sua persecução, a representação do ofendido, o que beneficia o acusado, pois, até então, a regra era a ação penal ligada a tal delito ser pública incondicionada. Dada a natureza material processual da *novel* norma, a ela deve ser aplicada a retroatividade benéfica (art. 5º, XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP), sobre a qual se discute sua extensão – especificamente se ela retroage para alcançar os processos em curso. O presente estudo buscou comprovar, por meio de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, o acerto do entendimento do STF, da 5ª Turma do STJ e de Rogério Sanches, que enfatizam a irretroatividade do novo dispositivo quanto aos processos em curso, sob pena de se transformar uma condição de procedibilidade em uma condição de prossequibilidade, sem que a lei assim tivesse exigido, como na Lei dos Juizados Especiais.

Palavras-chave: Pacote Anticrime. Estelionato. Ação Penal. Irretroatividade. Processos em curso.

ABSTRACT: Law No. 13.964, of 2019, known as the “Anti-Crime Package”, was enacted with the scope of bringing more stringent rules in the fight against corruption, organized crime and crimes with violence against the person. However, with regard to the crime of fraud, the legislation led to a more lenient provision, requiring, as a rule, for the prosecution, the representation of the victim, which benefits the accused, since, until then, the rule was the criminal action linked to such an offense must be public unconditional. Given the procedural material nature of the new norm, it should be applied to the beneficial retroactivity (art. 5, XL, of the CF, and art. 2, sole paragraph, of the CP), on which its extension is discussed - specifically if it retroage to reach ongoing processes. The present study sought to prove, by means of a bibliographic search, using the deductive method, the correct understanding of the STF, the 5th Panel of the STJ and Rogério Sanches, who emphasize the non-retroactivity of the new device regarding the ongoing processes, under penalty of

transforming a condition of procedibility into a condition of continuity, without the law requiring it, as in the Law of Special Courts.

Keywords: Anti-Crime Package. Fraud. Criminal Action. Non-retroactivity. Ongoing processes.

1. INTRODUÇÃO

A alteração promovida pelo Pacote Anticrime na espécie de ação penal quanto ao crime de estelionato retroage para alcançar os processos em curso?

A lei nº 13.964, de 2019 entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020 e modificou diversas leis de direito sancionador, entre elas o Código Penal. Prevê, como uma de suas disposições, que a regra geral para o crime de estelionato, relativamente à espécie de ação penal, é a pública condicionada à representação, sendo incondicionada apenas se o delito tiver como vítima a Administração Pública (seja ela direta ou indireta), criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz.

Isso configurou uma grande alteração, pois, até então, o crime de estelionato tinha como espécie de ação penal a pública incondicionada, em regra, para todos os sujeitos passivos.

Uma vez que normas voltadas ao estudo de ação penal possuem natureza híbrida, isto é, material (porque interferem nas causas de extinção da punibilidade) e processual, questionou-se sobre a retroatividade do que dispôs a novel legislação, especificamente quanto ao delito mencionado.

Os tribunais têm se esmiuçado em analisar a extensão dessa retroatividade.

Demonstrada a problemática a ser discutida e a relevância da questão, seguem-se ordens de considerações que se interligam. Em verdade, o estudo dividir-se-á em três momentos, um a tratar do crime de estelionato e a alteração promovida, e outro, sobre a visão geral da (ir)retroatividade da mesma, finalizando-se com a conclusão, onde se explanará o resultado a que se chegou.

O marco referencial teórico do presente estudo apoia-se, sobretudo, nas obras de Renato Brasileiro, Rogério Sanches, Noberto Avena e Rogério Greco. Através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, com a ajuda das obras dos escritores supramencionados e as de outros diversos autores, restará completada a análise proposta.

2. O CRIME DE ESTELIONATO E A ALTERAÇÃO, PELO PACOTE ANTICRIME, NO TOCANTE À NATUREZA DE SUA AÇÃO PENAL

Para melhor desenvolvimento do tema, interessante se partir o que se pretende explanar.

2.1. Noção geral sobre ação penal e suas espécies

Dado o objeto e o limite do presente estudo, imprescindível que se faça um corte epistemológico, a fim de sintetizar o mais importante para a análise proposta.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura o direito de ação, nos seguintes termos: *“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

A ação penal existe como meio de possibilitar, ao Estado-juiz a aplicação de sanções ao infrator do ordenamento penal brasileiro. Através dela, após uma sintetizada prévia etapa de verificação da existência de indícios robustos de materialidade e de autoria, o titular da ação penal provoca o Judiciário a atuar, quando, em seu agir, este proporcionará, ao acusado, a ampla defesa e o contraditório, corolários do Estado Democrático de Direito e também previstos no art. 5º, da Carta Magna, em seu inciso LV.

Encontra-se prevista no Código Penal, nos arts. 100 a 106, e no Código de Processo Penal, no art. 24 ao 62.

Nas palavras de Roberto Avena,

o crime é a conduta que lesa direitos individuais e sociais. Sendo assim, a sua prática gera ao Estado o poder-dever de punir. Como esta punição não pode ser arbitrária, nem ocorrer à revelia das garantias individuais do indivíduo, é necessária a existência de uma fase prévia de apuração, assegurando-se ao possível responsável o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas. Aqui, então, surge a ação penal, como ato inicial desse procedimento cognitivo, alicerçando-se no direito de postular ao Estado a aplicação de uma sanção em face da ingerência a uma norma penal incriminadora (AVENA, 2018, p. 249).

Renato Brasileiro sistematiza as características da ação penal de maneira didática:

Considerada a ação penal um direito, suas principais características são:

a) direito público: a atividade jurisdicional que se pretende provocar é de natureza pública. Daí se dizer que a ação penal é um direito público. Mesmo nas hipóteses em que o Estado transfere ao ofendido a possibilidade de ingressar em juízo (v.g., em regra, nos crimes contra a honra), tal ação continua sendo um direito público, razão pela qual se utiliza a expressão ação penal *de iniciativa privada* – vide exemplo do art. 100, §§ 2o e 3o, do CP. Além disso, como o direito de ação é dirigido contra o Estado-Juiz, costuma-se usar, na peça acusatória, a expressão “vem oferecer denúncia em relação a Tício”, ao invés de se usar a expressão “vem oferecer denúncia contra Tício”.

b) direito subjetivo: o titular do direito de ação penal pode exigir do Estado-Juiz a prestação jurisdicional, relacionada a um caso concreto;

c) direito autônomo: o direito de ação penal não se confunde com o direito material que se pretende tutelar;

d) direito abstrato: o direito de ação existe e será exercido mesmo nas hipóteses em que o juiz julgar improcedente o pedido de condenação do acusado. Ou seja, o direito de ação independe da procedência ou improcedência da pretensão acusatória;

e) direito determinado: o direito de ação é instrumentalmente conexo a um fato concreto, já que pretende solucionar uma pretensão de direito material;

f) direito específico: o direito de ação penal apresenta um conteúdo, que é o objeto da imputação, ou seja, é o fato delituoso cuja prática é atribuída ao acusado (LIMA, 2020, p. 292).

Como condições da ação penal, a doutrina as divide em dois grupos: as gerais, quais sejam, legitimidade, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido (que, no Processo Civil, segundo o entendimento majoritário dos estudiosos, teria deixado de ser condição da ação) e justa causa; as especiais, a depender do crime, como por exemplo a representação do ofendido, a requisição do Ministro da Justiça ou o laudo pericial nos crimes contra a propriedade imaterial.

No que toca às espécies de ação penal, tem-se a privada e a pública. Esta se subdivide em incondicionada e condicionada à representação do ofendido ou à

requisição do Ministro da Justiça; já aquela, em subsidiária da pública, personalíssima e exclusivamente privada.

A ação penal pública incondicionada é a regra no Direito Penal brasileiro, de modo que, ausente disposição em contrário relativamente ao tipo penal incriminador, será esta a espécie da ação penal.

A condicionada à representação subordina a atuação do Ministério Público à uma condição, qual seja, a representação do ofendido ou a requisição do auxiliar do Executivo.

Em contraste, a ação penal privada liga-se aos delitos praticados contra interesses imensamente próprios da vítima, motivo pelo qual o ordenamento entendeu que melhor seria transferir à ela, ou ao seu representante legal, a legitimidade para provocar o Poder Judiciário. De acordo com Renato Brasileiro,

A outra espécie de ação penal condenatória é a ação penal de iniciativa privada. Certos crimes atentam contra interesses tão próprios da vítima que o próprio Estado transfere a ela ou ao seu representante legal a legitimidade para ingressar em juízo. Como será visto com mais detalhes ao tratarmos da legitimidade para o exercício da ação penal de iniciativa privada, em situações excepcionais, que serão oportunamente estudadas, a queixa-crime também pode ser oferecida não só pelo ofendido ou por seu representante legal, como também por curador especial (CPP, art. 33), pelos sucessores do ofendido, em caso de morte ou declaração de ausência (CPP, art. 31), ou até mesmo por entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, assim como associações, especificamente destinadas à defesa dos interesses e direitos do consumidor (Lei no 8.078/90, art. 80, c/c art. 82, III e IV). (LIMA, 2020, p. 317).

A ação penal exclusivamente privada é a regra no tocante à ação penal privada, de forma que, não sendo esta especificada, aduza-se tratar desta espécie.

Na privada personalíssima, a queixa somente pode ser ajuizada pela vítima, inadmitindo a sucessão processual; é a do art. 236, do CP.

Por sua vez, a subsidiária da pública depende da inércia do Ministério Público nos crimes de ação penal pública, o que a configura, segundo Rogério Sanches, inclusive, quando o órgão ministerial promoveu diligências, mas estas ainda se encontram no âmbito interno da instituição.

Buscou-se, assim, perfilar o básico do tema, a fim de auxiliar na compreensão objeto do estudo.

2.2. A regra geral e as exceções quanto à ação penal do delito de estelionato

O crime de estelionato é trazido pelo art. 171, do Código Penal, em suas modalidades simples, privilegiadas e majoradas, prevendo o dispositivo, em soma, condutas equiparadas.

De acordo com Rogério Greco,

Sendo a fraude o ponto central do delito de estelionato, podemos identificá-lo, outrossim, por meio dos seguintes elementos que integram a sua conduta típica: a) conduta do agente dirigida finalisticamente à obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo alheio; b) a vantagem ilícita pode ser para o próprio agente ou para terceiro; c) a vítima é induzida ou mantida em erro; d) o agente se vale de um artifício, arдил ou qualquer outro meio fraudulento para a consecução do seu fim (GRECO, 2010, p.485).

Ainda segundo o mencionado autor, a corrente doutrinária majoritária defende que dita vantagem ilícita pode ter, ou não, natureza econômica, do que ele discorda.

Até 23 de janeiro de 2020, a ação penal para se promover a persecução voltada a se punir o autor do fato delituoso estelionato era pública incondicionada, salvo se o crime fosse cometido contra o cônjuge desquitado ou judicialmente separado; irmão; tio ou sobrinho, com quem o agente coabita, hipóteses em que se fazia precisa a representação do ofendido.

Para Rogério Greco, a representação do ofendido

É o ato por meio do qual o ofendido ou o seu representante legal manifesta seu interesse no sentido de ser dado início à persecutio criminis. Ressalte-se que a representação do ofendido ou de seu representante legal não precisa conter grandes formalismos. Nela, o ofendido ou seu representante legal simplesmente declara, esclarece a sua vontade no sentido de possibilitar ao Ministério Público a apuração dos fatos narrados, a fim de formar a sua convicção pessoal para, se for o caso, dar início à ação penal pelo oferecimento de denúncia (GRECO, 2009, p. 212).

A jurisprudência é uníssona quanto à desnecessidade de formalismos para a representação do ofendido, como se explana no exemplo abaixo colacionado:

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a representação nos crimes de ação penal pública condicionada à representação não exige maiores formalidades, bastando que haja a manifestação de vontade da vítima ou de seu representante legal, demonstrando a intenção de ver o autor do fato delituoso processado criminalmente. Precedentes. 2. Na espécie, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ressaltou que, na primeira oportunidade em que foi ouvida, a genitora da menor deixou expressamente consignado o desejo de representar contra o autor do fato criminoso. Além disso, ponderou que a lavratura do Boletim de Ocorrência e o atendimento médico prestado à vítima deveriam ser considerados com verdadeira representação, pois contêm todas as informações necessárias para que se procedesse à apuração da conduta supostamente delituosa. Diante disso, concluiu estar demonstrado o desejo de submeter o acusado à jurisdição criminal, em harmonia com a orientação desta Casa (STJ, AgRg no HC 233.479/MG, DJe 02/02/2017).

Com o advento da lei nº 13.964, de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, que entrou em vigor na data acima citada, a regra no tocante à ação penal do estelionato foi alterada, passando a ser, regra geral, pública condicionada à representação, restando a ser inserta na classificação de pública incondicionada unicamente se a vítima for a Administração Pública (seja ela direta ou indireta), criança ou adolescente, pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz.

2. A (IR)RETROATIVIDADE DA ALTERAÇÃO DA NATUREZA DA AÇÃO PENAL DO CRIME DE ESTELIONATO PELO PACOTE ANTICRIME

O Pacote Anticrime teve como escopo primordial estabelecer medidas verdadeiramente eficazes em face da corrupção, do crime organizado e dos delitos praticados mediante violência contra a pessoa, de forma a apresentar uma ideia mais rigorosa no enfrentamento da criminalidade.

O projeto inicial foi encaminhado ao Congresso Nacional contendo exposição de motivos anotada pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, que, nesta, defendeu a interdependência entre a corrupção, o crime organizado e os crimes com violência, motivo pelo qual o novo arcabouço deveria enfrentar os três problemas conjuntamente, pois inócuo o tratamento isolado. Ele disse, com razão

que, "é evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas" (MORO, 2019), e, detalhando sobre o crime organizado, afirmou que o Estado nunca esteve tão acuado diante da criminalidade diferenciada que assola o Brasil, sendo ela um atentado contra os direitos humanos, como bem afirma Guilherme de Souza Nucci, para o qual isso acarreta em impossibilidade de investimentos em saúde, educação e outros importantes interesses sociais (NUCCI, 2016).

Entretanto, especificamente no tocante ao crime de estelionato, a mudança introduzida pela lei nº 13.964, de 2019, restou benéfica ao acusado, uma vez que se precisará da representação do ofendido, em regra, para se promover a persecução penal de tal conduta.

Para se analisar a retroatividade do dispositivo, é imprescindível se perquirir sobre a natureza jurídica do seu conteúdo, o que se fará a partir de então.

As disposições de conteúdo material ou penal são, em regra, irretroativas, com exceção das que veicularem benefícios ao transgressor. É o que se extrai do inciso XL do artigo 5º, da Constituição Federal, e do parágrafo único do artigo 2º, do Código Penal: "*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*". O Supremo Tribunal Federal, em análise acerca de alteração introduzida na lei nº 9.099, de 1995, já assentou que essa aplicação retroativa, se favorável, efetiva-se ainda que a nova previsão a afaste, uma vez que se trata de direito subjetivo do acusado:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. artigo 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O artigo 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no artigo 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o artigo 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao artigo 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de

direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei (STF, ADI 1719, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 18 de junho de 2007).

Por sua vez, as disposições de conteúdo processual são irretroativas, valendo suas previsões desde quando elas entram em vigor. Isso se retira do art. 2º, do Código de Processo Penal: *“A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”*.

Existem, ainda, as disposições que preveem conteúdo misto ou híbrido, ou seja, material e processual, para as quais se aplica o que se aduziu acerca daquelas de conteúdo material.

As normas que dispõem sobre ação penal possuem natureza híbrida, isto é, material e processual. Material, porque se relacionam com as causas de extinção da punibilidade, as quais fulminam o desejo estatal de aplicar a sanção ao infrator do ordenamento pátrio. E processual, pois a ação penal se materializa através do processo, no qual respeitadas as garantias constitucionais.

Assentada a natureza híbrida das referidas normas, extrai-se, assim, que, dada à aplicação das regras de natureza penal às de caráter híbrido, que é caso em tela, há de se reconhecer a retroatividade do Pacote Anticrime no ponto que trouxe a nova regra da ação penal do crime de estelionato, uma vez que mais benéfico ao réu. Atente-se à explicação de Renato Brasileiro:

A constatação de sua natureza mista tem extrema importância quando nos deparamos com as recentes leis que introduziram modificações quanto às espécies de ação penal. Basta ver, nessa linha, o exemplo do Projeto Anticrime, que transformou os crimes de estelionato, pelo menos em regra, em crimes de ação penal pública condicionada à representação (CP, art. 171, §5o). Fosse o direito de ação considerado de natureza estritamente processual, aplicar-se-ia o art. 2o do CPP, com a regra do princípio da aplicação imediata. Porém, a partir do momento em que se constata os reflexos que o exercício do direito de ação produz em relação ao *ius puniendi*, não se pode deixar de aplicar a regra da irretroatividade da lei mais gravosa, ou da retroatividade da lei mais benéfica.

Exemplificando, se determinado crime era de ação penal pública incondicionada e passa a ser de ação penal de iniciativa privada, forçoso é concluir que se trata de *lex mitior*. Afinal, a partir do momento em que determinado crime passa a ser de ação penal de iniciativa privada, maior será a possibilidade de

incidência de causas extintivas da punibilidade, como a decadência, a renúncia, o perdão e a preempção. Por outro lado, se determinado delito era de ação penal de iniciativa privada e uma lei nova o transforma em crime de ação penal pública condicionada à representação – veja-se o exemplo da Lei no 12.033/09, que alterou a natureza da ação penal do crime de injúria racial, antes de ação penal de iniciativa privada, hoje de ação penal pública condicionada à representação – cuida-se de evidente *novatio legis in pejus*, não podendo retroagir. De fato, a partir do momento em que o crime passa a ser de ação penal pública condicionada à representação, não serão mais cabíveis a renúncia, o perdão e a preempção como causas extintivas da punibilidade, subsistindo apenas a possibilidade de decadência do direito de representação. Evidente, portanto, tratar-se de lei nova prejudicial ao acusado, logo, irretroativa (LIMA, 2020, p. 291 e 292).

E a de Márcio Cavalcante,

As leis híbridas, como possuem reflexos penais, recebem o mesmo tratamento que as normas penais no que tange à sua aplicação no tempo. Logo, as normas híbridas não retroagem, salvo se para beneficiar o réu. Desse modo, a norma que altera a espécie de ação penal de um crime não retroage, salvo se for para beneficiar o réu. Ex: antes da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve era de ação penal pública incondicionada; depois da Lei, esse delito passou a ser de ação penal pública condicionada. Isso é mais benéfico para o réu que responde ao processo? Sim, porque na ação penal pública condicionada existe a possibilidade de renúncia e de decadência, que não são permitidas na ação pública incondicionada. Logo, a lei foi retroativa nesse ponto. Ex2: o crime de injúria racial era de ação penal privada e, por força da Lei nº 12.033/2009, passou a ser de ação penal pública condicionada à representação. Essa Lei é mais benéfica para o réu? Não, porque limita as causas de extinção da punibilidade. Logo, para as pessoas que cometeram o delito antes da Lei nº 12.033/2009, a ação continua sendo privada, não retroagindo a lei. Isso significa que essa alteração irá retroagir para alcançar fatos anteriores à sua vigência? SIM. O § 5º do art. 171 do CP apresenta caráter híbrido (norma mista) e, além disso, é mais favorável ao autor do fato. Logo, tem caráter retroativo (CAVALCANTE, 2020).

Observada, então, que haverá a retroatividade do dispositivo em estudo, em virtude de conter previsão favorável ao réu, diga-se que os Tribunais Superiores têm se esmiuçado em analisar a extensão e o momento até onde ela se operará.

Quanto ao tema, afirme-se que, no tocante aos processos penais ainda não iniciados, ou seja, naqueles em que a denúncia ainda não foi oferecida, é indiscutível que a nova redação do §5º do art. 171 do Código Penal exige, para tanto, que haja, previamente, a representação do ofendido. Isso é unânime na doutrina e jurisprudência pátria. Nas palavras de Renato Brasileiro,

Portanto, se a denúncia quanto ao crime de estelionato ainda não havia sido oferecida quando entrou em vigor o Pacote Anticrime, pensa-se que a atuação do MP passou a depender de representação, cujo termo decadencial inicial, para os fatos pretéritos, seria a data da ciência da vítima .quanto à necessidade de oferecer representação (LIMA, 2020, p. 71).

Contudo, quanto às ações penais em que a denúncia já restou oferecida, duas correntes se formaram nos Tribunais Superiores.

A 6ª Turma do STJ julga utilizando o pensamento de que há a retroatividade para todos os processos em curso, desde que ainda não transitados em julgado, aplicando-se, por analogia, o art. 91, da lei nº 9.099, de 1995. Assim, em processos que objetivam a punição pelo crime de estelionato, a vítima deve ser intimada para afirmar sua vontade de continuar com a persecução, sob pena de decadência. É a posição de Renato Brasileiro, para quem, porém, não deve ser aplicado o prazo de trinta dias previsto na Lei dos Juizados Especiais, mas o prazo previsto no próprio CPP ou no CP, com quem concorda Rodrigo Leite.

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PACOTE ANTICRIME. LEI N. 13.964/2019. § 5º DO ART. 171 DO CP. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO COMO REGRA. NOVA LEI MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CF. APLICAÇÃO DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/1995 POR ANALOGIA.

1. As normas que disciplinam a ação penal, mesmo aquelas constantes do Código de Processo Penal, são de natureza mista, regidas pelos cânones da retroatividade e da ultratividade benéficas, pois disciplinam o exercício da pretensão punitiva.
2. O processo penal tutela dois direitos de natureza pública: tanto os direitos fundamentais do acusado, voltados para a

liberdade, quanto a pretensão punitiva. Não interessa ao Estado punir inocentes, tampouco absolver culpados, embora essa última solução se afigure menos danosa.

3. Não é possível conferir a essa norma, que inseriu condição de procedibilidade, um efeito de extinção de punibilidade, quando claramente o legislador não o pretendeu.

4. A retroação do § 5º do art. 171 do Código Penal alcança todos os processos em curso, ainda sem trânsito em julgado, sendo que essa não gera a extinção da punibilidade automática dos processos em curso, nos quais a vítima não tenha se manifestado favoravelmente à persecução penal. Aplicação do art. 91 da Lei n. 9.099/1995 por analogia.

5. O ato jurídico perfeito e a retroatividade da lei penal mais benéfica são direitos fundamentais de primeira geração, previstos nos incisos XXXVI e XL do art. 5º da Constituição Federal. Por se tratarem de direitos de origem liberal, concebidos no contexto das revoluções liberais, voltam-se ao Estado como limitadores de poder, impondo deveres de omissão, com o fim de garantir esferas de autonomia e de liberdade individual. Considerar o recebimento da denúncia como ato jurídico perfeito inverteria a natureza dos direitos fundamentais, visto que equivaleria a permitir que o Estado invocasse uma garantia fundamental frente a um cidadão.

6. Ordem parcialmente concedida, confirmando-se a liminar, para determinar a aplicação retroativa do § 5º do art. 171 do Código Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, devendo ser a vítima intimada para manifestar interesse na continuação da persecução penal em 30 dias, sob pena de decadência, em aplicação analógica do art. 91 da Lei n. 9.099/1995. (HC 583.837/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 12/08/2020).

(...) O fato de o processo penal já estar em andamento não é empecilho algum à incidência desse novo regramento. Ao transformar o delito de estelionato em crime de ação penal pública condicionada à representação, pelo menos em regra, o Pacote Anticrime assume nítida natureza penal, já que cria, em favor do acusado, nova causa extintiva da punibilidade: a decadência, pelo não exercício do direito de representação no prazo legal de 6 (seis) meses (CPP, art. 38, c/c art. 107, inciso IV, do CP). O fato de à Lei nº 13.964/19 não trazer dispositivo

expresso acerca do assunto, como o fez, por exemplo, a Lei nº 9.099/95 (art. 91), não pode servir como impedimento para a incidência do novo regramento. Afinal, como o direito de representação está profundamente vinculado ao direito de punir, uma vez que seu não exercício acarreta a decadência, que é causa de extinção da punibilidade, e como tudo que impeça ou dificulte o *ius puniendi* se insere no âmbito da lei penal, há de se aplicar a regra constitucional do Direito Penal intertemporal, segundo a qual a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL, c/c art. 2º, parágrafo único, do CP). Quanto ao prazo para o oferecimento dessa representação como condição de prosseguibilidade, certamente haverá quem entenda que o prazo deverá ser aquele constante do art. 9.1 da Lei nº 9.099/9-5. (30 dias).⁶⁵ Mais uma vez, ousamos discordar. Diante do silêncio da Lei nº 13.964/19, não se pode usar, por analogia, o art. 91 da Lei nº 9.099/95. Referida lei só poderia ser usada, subsidiariamente, se o Código Penal e o Código de Processo Penal nada dispusessem acerca do assunto. Ora, como o Código Penal (art. 103) e o Código de Processo Penal (art. 38) : contêm dispositivos expressos acerca do prazo decadencial da representação - 6 (seis) meses - pensamos que este é o prazo que deve ser utilizado subsidiariamente, cujo termo inicial será o momento em que o ofendido ou seu representante legal forem intimados para oferecê-la, e não a data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, porquanto é somente a partir desse momento que se poderá falar em evidente inércia para fins de reconhecimento da decadência. A despeito de toda essa controvérsia, considerando que não se exige maiores formalismos quanto à representação, se porventura já constar dos autos desses processos criminais algum tipo de requerimento para a instauração do inquérito policial, de rigor a conclusão. Neste sentido, já há "representação" naquele feito, porquanto evidenciado, o interesse da vítima no sentido da persecução penal. Nesse caso, poder-se-á aproveitar essa representação como condição de prosseguibilidade para fins de se dar continuidade ao processo. (LIMA, 2020, p. 72).

Entendo correta a posição da Sexta Turma do STJ, pois a norma repercute no direito material e, nesse campo, vigora a regra

segundo a qual a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, CF/88 e art. 2º, parágrafo único, do CP). Deve prevalecer a retroatividade benéfica, independente da fase em que se encontre a persecução penal. Todavia, apenas ressalvo que o prazo a ser aplicado, a meu ver, deveria ser o de 6 (seis) meses a contar da intimação da vítima (e não 30 dias a contar da intimação da vítima), pois o Código de Processo Penal e o Código Penal possuem prazo para oferecimento da representação – ver arts. 38 do CPP e 103 do CP, de modo que a aplicação do prazo de 30 (trinta) dias da Lei dos Juizados Especiais não nos parece a melhor solução, uma vez que havendo prazo no CP ou no CPP, não se deveria aplicar a Lei n. 9.099/1995 (LEITE, 2020).

Já a 5ª Turma do STJ e o STF entendem pela irretroatividade do dispositivo, limitando à aplicação para trás do mesmo unicamente à fase policial, porque, em interpretação diversa, transformar-se-ia uma condição de procedibilidade em uma condição de prosseguibilidade, afinal, quando editada a Lei dos Juizados Especiais, esta foi expressa em exigir a representação do ofendido como condição de prosseguibilidade para os processos em curso, o que incoerreu na alteração promovida pelo Pacote Anticrime. Quando se vai oferecer uma denúncia, observa-se todas as formalidades e condições exigidas, assim, se uma condição não existe no momento em que se oferece a denúncia, transforma-se uma condição de procedibilidade em uma condição de prosseguibilidade. É o que defende Rogério Sanches; para ele, “a representação do ofendido não é condição para o processo prosseguir, mas para ele existir” (SANCHES, 2020).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE ESTELIONATO. PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). INVIABILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DOUTRINA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e as Turmas que compõem a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da

ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "Pacote Anticrime", alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz. 3. Observa-se que o novo comando normativo apresenta caráter híbrido, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade. Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha - 12. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413. 4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido. 5. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. Além disso, não é socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo o tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade. 6. Habeas corpus não conhecido (STJ. 5ª Turma. HC 573.093-SC, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. em 09/06/2020 (Info 674). STF. 2ª Turma. ARE 1230095 AgR, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 24/08/2020).

É o panorama atual.

3. CONCLUSÃO

Verificou-se, no estudo em testilha, que a nova redação do §5º do art. 171, do Código Penal, dada pela lei nº 13.964, de 2019, beneficia os acusados pelo delito de estelionato, motivo pelo qual incidem o art. 5º, XL, da CF, e o art. 2º, parágrafo único, da legislação penalista codificada brasileira; por esse motivo, retroage.

Contudo, discute-se, nos campos doutrinário e jurisprudencial, a extensão dessa retroatividade – se alcança os processos já em curso ou se ela se limita à fase policial.

Pelos argumentos expostos, enfatize-se a correção de se entender como o Supremo Tribunal Federal, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e o doutrinador Rogério Sanches, afinal as condições necessárias para a realização de um ato processual devem ser observadas e preenchidas no momento de sua ocorrência, o que não se confunde com o princípio constitucional da retroatividade benéfica.

REFERÊNCIAS

AVENA, Noberto. *Processo Penal*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método: 2018.

BRASIL, Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 de dezembro de 2020.

BRASIL, Lei nº 13.964, de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm

, acesso em 10 de dezembro de 2020.

BRASIL, Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

, acesso em 10 de dezembro de 2020.

BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

, acesso em 15 de dezembro de 2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *A mudança na ação penal do crime de estelionato, promovida pela Lei 13.964/2019, retroage para alcançar os processos penais que já estavam em curso?* Encontrado em:

<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/2983e3047c0c730d3b7c022584717f3f?categoria=11&subcategoria=106&assunto=267>, visualizado em 11 de dezembro de 2020.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

LEITE, Rodrigo. *Divergência no STJ! A retroatividade do novo § 5º do art. 171 (representação no crime de estelionato)*. Encontrado em: <https://meusitejuridico.editorajuspodvim.com.br/2020/08/17/divergencia-no-stj-retroatividade-novo-%c2%a7-5o-art-171-representacao-no-crime-de-estelionato/>, visto em 13 de dezembro de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodvim, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime – Comentários à lei 13.964/2019, artigo por artigo*. Salvador: JusPodvim, 2020.

MORO, Sérgio. *PL 882/2019 – Exposição de Motivos*. Encontrado em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01nls2l5xb41dvocq34clht53094173.node0?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019, visto em 15 de dezembro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANCHES, Rogério. Encontrado em: <https://www.youtube.com/watch?v=OmIKGtpOo1I&t=4110s>, visto em 21 de dezembro de 2020.

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO JULGAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS SOB A SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL

AISLAN ARLEY PEREIRA DE ALVARENGA:

Graduado em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Direito Notarial pela Universidade Gama Filho/RJ, ex-Procurador do Município de Contagem/MG, Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: O presente trabalho analisa a utilização pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do princípio da dignidade humana como fundamento para reconhecimento da repercussão geral em recursos extraordinários, bem como sua invocação para a própria solução de mérito de recursos com repercussão geral reconhecida. A ausência de especificação legal do que seriam situações com relevância econômica, econômica, política, social ou jurídica, para fins de reconhecimento da repercussão geral, cria espaço para utilização postulado da dignidade na fundamentação relativamente à relevância dos temas. Analisar-se-á precedentes do STF a fim de compreender como a Corte brasileira tem alocado e valorado o princípio da dignidade humana no julgamento de recursos extraordinários sob a sistemática da repercussão geral.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal – dignidade da pessoa humana – recursos extraordinários – repercussão geral.

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico, conceito e funções de Dignidade Humana; 3. Da sistemática da Repercussão Geral; 4. Dignidade Humana para o Supremo Tribunal Federal; 4.1 - Utilização do princípio da dignidade humana para reconhecimento da repercussão geral em recursos extraordinários; 4.2 - Utilização do princípio dignidade humana como fundamento da decisão de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. Introdução

O princípio da dignidade humana, alçado constitucionalmente como fundamento do Estado brasileiro, constitui vetor máximo interpretativo a nortear a atuação dos Poderes Públicos, bem como valor a ser observado na relação entre particulares.

No âmbito judicial brasileiro, o postulado da dignidade humana, em diversas oportunidades, tem sido invocado para solução das mais diferentes controvérsias. A menção ao postulado é tão presente, que, por algumas vezes, verifica-se, inclusive,

seu uso banalizado sem a devida fundamentação e enquadramento ao caso concreto.

O Supremo Tribunal Federal (STF), usualmente, recorre ao princípio da dignidade humana como valor guia para suas decisões em casos mais complexos, como o fez quando da análise da possibilidade de pesquisas com células tronco embrionárias, das uniões homoafetivas e da interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Conforme previsão constitucional, a Suprema Corte brasileira, para além da atribuição de aferir, em controle concentrado, a constitucionalidade de Leis, possui ampla competência recursal e criminal, de modo que se tornou Tribunal que julga elevadíssimo número de demandas das mais diversas temáticas.

Para fins de filtragem processual e garantir que o STF examinasse apenas as grandes questões do país, a Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu, como requisito de admissibilidade recursal, a necessidade de a questão constitucional trazida nos recursos extraordinários possuir repercussão geral, isto é, trazer relevante aspecto econômico, político, social ou jurídico.

Neste estudo, analisar-se-á a utilização pelo STF do princípio da dignidade humana como fundamento para reconhecimento da repercussão geral em recursos extraordinários, bem como sua invocação para a própria solução de mérito de recursos com repercussão geral reconhecida.

Mostra-se relevante proceder à análise de precedentes da Suprema Corte que utilizaram o princípio da dignidade humana, a fim averiguar como o Tribunal tem compreendido e alocado o postulado, especificamente, na solução de controvérsias recursais.

Diante da falta de especificação constitucional ou legal do que seriam situações com relevância econômica, econômica, política, social ou jurídica, o postulado da dignidade ganha espaço para preencher lacunas e respaldar a fundamentação relativamente à repercussão geral dos temas em julgamento, seja no seu reconhecimento ou propriamente na análise meritória do recurso.

Não obstante os julgados em sede controle concentrado de constitucionalidade tenham mais visibilidade, inegável o impacto provocado, especificamente, pelas decisões da Corte em recursos extraordinários sob a sistemática da repercussão geral, ante a relevância das matérias decididas e o efeito multiplicador decorrente dos julgamentos.

2. Histórico, conceito e funções de Dignidade Humana

A palavra *dignitas* era utilizada na Roma Antiga para qualificar determinadas pessoas em razão de seu *status* pessoal, função ou cargos ocupados, de modo a garantir a apenas certos membros da sociedade tratamento favorecido, respeitoso e diferenciado dos demais componentes do grupo¹⁶⁵.

Na idade média, o filósofo cristão Tomás de Aquino trazia a noção de que a dignidade humana se fundamentava no fato de ser o homem feito à imagem e semelhança de Deus e, em razão de sua criação divina, ser detentor de autodeterminação e liberdade por sua própria natureza¹⁶⁶.

Nesse contexto, observava-se a plena possibilidade de diferenciação entre as pessoas em razão do berço, origem e função ocupada socialmente, pelo que o tratamento a ser dispensado ao indivíduo dependeria de sua posição hierárquica na sociedade. Nessa toada, leciona Luís Roberto Barroso¹⁶⁷:

Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. De fato, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas; nos Estados Unidos, as referências à dignidade nos Artigos Federalistas, por exemplo, diziam respeito a cargos, ao governo ou a nação como um todo. Portanto, na cultura ocidental, começando com os romanos e chegando até o século XVIII, o primeiro sentido atribuído à dignidade – enquanto categorização dos indivíduos – estava associado a um status superior, uma posição ou classificação social mais alta. Como se percebe, a dignidade em seu sentido pré-moderno pressupunha uma sociedade hierarquizada, na qual a desigualdade entre diferentes categorias de indivíduos era parte constitutiva dos arranjos institucionais. De modo geral, a dignidade era equivalente à nobreza, implicando em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios.

165 SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 30.

166 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. Ed. 3. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 35.

167 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. ed. 5. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 13-14.

A ideia da dignidade como valor universal só ganhou relevo com o iluminismo, sendo atribuível a Immanuel Kant¹⁶⁸, a mais considerável formulação sobre o tema, ao teorizar que as pessoas, diferentemente das coisas e dos animais, não têm preço, mas dignidade, constituindo fins em si mesmas e detentoras de autonomia, enquanto seres racionais.

Somente no final da segunda década do século XX que a dignidade humana começou a aparecer nos documentos jurídicos, com a Constituição do México (1917) e a Constituição Alemã da República de Weimar (1919)¹⁶⁹.

Depois da Segunda Guerra Mundial e das atrocidades cometidas no período, assimilou-se o valor supremo da dignidade humana. O sofrimento como matriz da compreensão do mundo e dos homens, segundo a lição luminosa da sabedoria grega, veio aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos¹⁷⁰.

Diversos documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 passaram a prever expressamente o postulado da dignidade.

No caso brasileiro, a primeira constituição a trazer a previsão de dignidade foi a de 1934 que, com influência da Constituição de Weimar, em seu art. 115, estabelecia que a ordem econômica deve possibilitar a todos existência digna. As constituições posteriores (1946, 1967, EC 1/69), excetuada a de 1937, trouxeram a mesma orientação, no sentido de a dignidade humana ser garantida pela ordem econômica.

A Constituição de 1988, em seu art. 1º, elencou a dignidade da pessoa humana como fundamento da república brasileira. O princípio aparece expressamente, também, no art. 226, 7º, como fundamento ao planejamento familiar e, mais adiante, nos artigos 227 e 230, há previsão de proteção às crianças, adolescentes, jovens e idosos, de forma assegurar-lhes vida digna.

Ao elencar o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Brasileiro, nota-se a extrema importância atribuída pelo constituinte originário ao

168 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 51.

169 BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1ª ed. S. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 19.

170 Comparato, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 68-69.

princípio, que pretendeu pautá-lo como valor central e verdadeiro alicerce de todo arcabouço constitucional.

José Afonso da Silva¹⁷¹ ensina que dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Ao seu turno, sobre o conceito da dignidade humana, leciona Barroso¹⁷² que:

"grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: dignidade humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome dos valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)."

Para Jesus Gonzales Perez¹⁷³, a dignidade é o grau ou categoria que corresponde ao homem como dotado de inteligência e liberdade, diferente e superior a tudo o que foi criado, o que implica um tratamento conforme a sua natureza humana. Já Antônio Enrique Pérez Luño¹⁷⁴ apresenta a dignidade humana como princípio fundador dos direitos humanos e acentua sua importância nas relações sociais, tratando-se de princípio que limita a esfera individual de cada um, estabelecendo um mínimo invulnerável.

Há certa dificuldade doutrinária em conceituar o princípio da dignidade, ante a abrangência e vagueza do postulado prescrito no texto constitucional. Consoante Emerson Garcia¹⁷⁵, não há delimitação clara do conceito de dignidade humana, em razão da "necessidade de integração por um juízo de valor, temporal e espacialmente localizado, primordialmente realizado à luz da situação concreta".

A polissemia do conceito jurídico de dignidade, por vezes, acarreta a banalização e utilização atécnica do princípio, de forma que é necessária a

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 106.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. ed. 5. Reimpressão Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 72.

¹⁷³ GONZALES PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*. Editorial Civitas. Madrid, 1986. p. 81.

¹⁷⁴ PÉRES LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5. ed. Madri: Técno, 1995. p. 318.

¹⁷⁵ GARCIA, Emerson. *Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2005, p. 85.

cuidadosa interpretação do caso concreto para preservação do núcleo fundamental da dignidade.

Em âmbito jurisdicional, a imprecisão dos contornos da dignidade humana ocasiona muitas vezes a utilização abusiva ou sem parâmetros do postulado constitucional, que fica a cargo exclusivo da interpretação pessoal do julgador.

Não raro se observam julgados com condenações ao Estado a determinadas obrigações prestacionais (medicamentos, tratamentos de saúde, prestações assistenciais), sem maiores fundamentações ou justificativas, aduzindo que determinada ação estatal é necessária para o resguardo à dignidade.

Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁶ denomina "*hipertrofia da dignidade*" o fenômeno de seu uso banalizado a toda e qualquer demanda que poderia ser solucionada com base em outras normas constitucionais ou infraconstitucionais. A utilização do princípio, a depender da criatividade do julgador, acarreta o desprestígio do instituto, de modo a aumentar sua função simbólica em detrimento da normativa.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos precedentes, utiliza-se do princípio da dignidade da pessoa humana de forma ascendente, desde a promulgação da Constituição 1988. Como regra geral, as decisões da Suprema Corte brasileira apontam para a escolha da alternativa que se demonstre mais adequada às exigências da dignidade da pessoa humana¹⁷⁷.

Diante da relevância das matérias decididas e o efeito multiplicador presentes nos recursos extraordinários julgados na sistemática da repercussão geral, embora os julgados em sede controle concentrado de constitucionalidade tenham mais destaque e visibilidade, merece análise a utilização pelo STF do princípio da dignidade humana nestes casos.

3. Da sistemática da Repercussão Geral

A partir da segunda guerra mundial, houve ascensão institucional do Poder Judiciário, importando aumento expressivo da demanda por prestação jurisdicional. Nesse contexto, Tribunais de todo o mundo depararam-se com grandes volumes de processos, o que ensejou a implementação de "*filtros de relevância*" em países, como Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Japão e Reino Unido. A necessidade de um filtro de relevância também foi sentida

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 193-196.

¹⁷⁷ COELHO MARQUES, P., & CAMARGO MASSAÚ, G. (2020). Dignidade Humana e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Direitos Culturais*, 15(37), 145-161. 2020. DOI: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.206>

no Brasil, devido ao assoberbamento do STF, especialmente quanto aos recursos extraordinários. Inicialmente, implementou-se no Regimento Interno do STF a arguição de relevância, que perdurou até a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que poderia reduzir o número de demandas ao STF. Porém, a criação do STJ, não foi capaz de desafogar o STF¹⁷⁸.

Foi instituído pela EC 45/2004 novo filtro de relevância, na forma do instituto da repercussão geral, como mecanismo de admissibilidade recursal, que visa autorizar a 'subida' ao STF apenas das demandas judiciais que possuam relevância social, jurídica, política ou econômica.

Com sua criação, objetivou-se a diminuição do volume de demandas a serem julgadas pela Suprema Corte brasileira, a fim de que fossem julgadas apenas as grandes questões constitucionais em debate no país. Nas palavras de Teresa Wambier¹⁷⁹, o filtro faz com que o STF atenda "à sua verdadeira função, que é zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação."

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015, ao regulamentar o dispositivo constitucional, não promoveu a definição exata do que seria a repercussão geral, prevendo, tão somente, de forma abstrata, no §1º do art. 1035, que "para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo."

Denota-se da previsão legal que a questão constitucional em debate no recurso extraordinário deverá possuir relevo sobre segmentos ponderáveis da sociedade, sob um ou mais de um ponto de vista, não se limitando à proteção dos interesses das partes envolvidas¹⁸⁰.

178 BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o supremo tribunal federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Volume 7, Número 3, Dez/2017. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4824>

179 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2008. p. 292.

180 RODRIGUES NETTO, Nelson. *A Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário consoante a Lei nº 11.418/06*. *Revista Dialética do Direito Processual*. São Paulo: abril, v. 30, n. 49, 2007, p. 116

A temática em análise deve afetar um grande número de pessoas, tratar de assuntos significativos e transcender os interesses pessoais das partes processuais envolvidas¹⁸¹.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco¹⁸², caracteriza-se a repercussão geral quando a questão em debate ultrapassa os limites subjetivos da causa, envolve controvérsias que estão além do direito individual das partes, cuja decisão não se confine à esfera de direitos exclusivamente dos litigantes e possa ser útil a grupos inteiros ou a uma grande quantidade de pessoas.

Diante da abertura do conceito do que seriam os temas com relevância econômica, política, social ou jurídica, que acabam ficando a cargo de interpretação dos julgadores, o princípio da dignidade humana encontra amplo espaço para servir de embasamento e fundamento das decisões judiciais, a justificar se discussão ultrapassa, ou não, o interesse das partes do litígio.

A forma que a Suprema Corte compreende e utiliza o princípio da dignidade humana em recursos com repercussão geral reconhecida, considerando o efeito multiplicador do julgado nesta sistemática, possui o viés aumentar ou mitigar o nível de proteção à pessoa

4. Dignidade Humana para o Supremo Tribunal Federal

É no exercício de atribuição jurisdicional do Supremo Tribunal Federal que o sentido e alcance atribuído à dignidade da pessoa humana assumem feição particularmente relevante, tendo em vista o caráter vinculativo e diretivo da jurisprudência daquele que vem a ocupar a condição de guardião da Constituição¹⁸³.

Em sede de controle concentrado, recorrendo ao postulado da dignidade, o STF já decidiu temas de extrema relevância, como: Inconstitucionalidade da proibição de doação de sangue por homens homossexuais (ADI 5543); Possibilidade de pesquisa com células tronco embrionárias (ADI 3510); Reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (ADI 4277); Reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no

181 TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 324-325.

182 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário*. *Revista Jurídica Unicoc, Ribeirão Preto*, v. 2. 2005. p 6-7.

183 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado. (org). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. 2. ed. Salvador. Juspodivm, 2020. v1, p. 51.

sistema penitenciário brasileiro (ADPF 347); Possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54), dentre outros.

Malgrado as decisões proferidas em sede controle concentrado de constitucionalidade possuam maior ressaltado no meio jurídico, importa examinar o uso do princípio da dignidade humana pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecimento de repercussão geral e no próprio julgamento de mérito recursal, sobretudo ao se considerar a relevância das matérias em discussão e efeito multiplicador decorrente.

4.1 - Utilização do princípio da dignidade humana para reconhecimento da repercussão geral em recursos extraordinários

No RE 886.131/MG - RG, sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu haver repercussão geral na discussão se a vedação à posse em cargo público de candidato que esteve acometido de doença grave, mas que não apresenta sintomas atuais de restrição laboral, viola os princípios da isonomia, da dignidade humana e do amplo acesso a cargos públicos.

Na referida demanda judicial, candidata aprovada na fase de provas do concurso para o cargo de oficial judiciário do TJMG, possuía histórico de doença grave (neoplasia mamária), foi tratada cirurgicamente, por quimioterapia e radioterapia, estando, na data da inspeção médica, assintomática há dezoito meses. A candidata apresentou laudos particulares apontando sua aptidão para o desempenho do cargo.

A junta médica do TJMG julgou-a inapta com base no Manual de Perícias do TJMG que exigia que o término do tratamento se desse há pelo menos cinco anos (*carência de cura*). Em primeira instância, a candidata teve sentença de procedência resguardando seu direito à posse no cargo, porém a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça mineiro, que reputou adequada a inaptidão apontada pela perícia oficial.

No caso, o STF entendeu que matéria possui repercussão geral sob os pontos de vista político, na medida em que envolve diretrizes de contratação de servidores públicos, e social, pois são inúmeras as pessoas já acometidas de doenças graves que vêm a prestar concurso públicos, sendo necessário aferir se a vedação à posse violaria a dignidade humana.

Observa-se, no referido precedente, que a Corte concluiu pela presença de repercussão geral, no campo político e social, para fins de avaliar se há ou não

violação à dignidade humana – e a outros princípios – na conduta Administrativa que veda o acesso a cargo públicos.

Em outro caso, ARE 959.620/RS - RG, Relator Ministro Edson Fachin, o Plenário reconheceu a repercussão geral da análise sobre a adoção de práticas e regras vexatórias com a revista íntima para o ingresso em estabelecimento prisional.

O debate versa sobre a possível ilicitude da prova obtida a partir da revista íntima e/ou vexatória de visitantes para ingresso em estabelecimento prisional, por ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana e pela proteção aos direitos fundamentais à intimidade, honra e imagem das pessoas.

A repercussão geral foi reconhecida pelo fato de o debate versar sobre dignidade humana e intimidade, de forma a haver manifesta relevância social e jurídica, que transcende os limites subjetivos da causa.

No RE 1.058.333/PR - RG, relatado pelo Ministro Luiz Fux, reconheceu-se a repercussão geral do debate acerca da possibilidade de remarcação de teste de aptidão física, independentemente de previsão no edital do concurso, para candidata gestante.

No referido litígio, questionava-se acórdão do Tribunal de Justiça local que garantiu o direito à remarcação a uma candidata que não compareceu ao exame físico, que constituía etapa do certame para o cargo de Policial Militar do Estado do Paraná, em razão da gravidez de 24 semanas.

O STF entendeu haver relevância da matéria sob os pontos de vista social e jurídico, bem como a transcendência da questão, em razão do litígio versar sobre direito à igualdade, à dignidade humana e à liberdade reprodutiva.

A dignidade humana também serviu de fundamento para a admissibilidade do RE 670.422/RS - RG, Relator Ministro Dias Toffoli, em que se discutia a possibilidade de o transgênero alterar seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil.

Na mencionada causa, os juízos de primeiro e segundo grau entenderam ser essencial a realização de cirurgia de redesignação sexual para o deferimento da alteração do assentamento civil relativo ao sexo, o que ensejou a interposição de recurso extraordinário ao Supremo.

Foi reconhecida a repercussão geral da discussão ante a relevância jurídica e social do tema, que extrapola os interesses subjetivos das partes. Fundamentou-se que o tema é relevante, pois necessário o julgamento acerca da possibilidade de

convivência entre os princípios da dignidade e intimidade com princípios da veracidade dos registros públicos e publicidade.

Em pesquisa no acervo de julgados do STF¹⁸⁴, constata-se que não há precedente da Corte que tenha invocado a dignidade humana para fins de reconhecimento da relevância sob ponto de vista econômico, o que, obviamente, não impossibilita a invocação, em precedentes futuros, da dignidade em casos relativos à economia, até porque, assegurar a todos existência digna é objetivo constitucional expresso da ordem econômica nacional (*cf. art. 170 da CF/88*).

Dos julgados colacionados, constata-se que, na ótica da Corte, quaisquer possibilidades de vulneração ao postulado da dignidade da pessoa humana (fundamento da república) servem como fortes argumentos para o reconhecimento da repercussão geral da controvérsia.

Conforme consignado, inexistente parâmetro matemático para que determinada discussão seja considerada relevante, o que acarreta atribuição à Corte de ampla liberdade argumentativa para reconhecimento da repercussão. A jurisprudência apresentada indica que, ocorrendo possibilidade de violação à condição de dignidade humana, que possa atingir sujeitos além das partes do processo, haverá presunção de relevância do debate recursal.

4.2 - Utilização do princípio dignidade humana como fundamento da decisão de mérito em recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida

Ultrapassada a fase de reconhecimento da repercussão geral, assim como na admissibilidade recursal, no julgamento meritório de recursos extraordinários com repercussão reconhecida, por diversas vezes, a Suprema Corte recorre ao postulado da dignidade como fundamento de suas decisões.

No RE 898.450/SP - RG, Relator Ministro Luiz Fux, o plenário do STF, julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público estabelecida em leis e editais de concurso público. No referido julgado, deu-se provimento a recurso extraordinário interposto por candidato ao cargo de soldado da Polícia Militar de São Paulo eliminado em razão de possuir tatuagem na perna.

Entendeu a Corte haver ofensa à dignidade humana e à liberdade de expressão no ato de impossibilitar o acesso a cargos públicos decorrente de o candidato possuir tatuagem. Fixou-se a seguinte tese de repercussão geral (Tema 838): "Editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com

¹⁸⁴ Consulta relativos a julgados publicados até dez/2020. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. <http://portal.stf.jus.br/jurisprudencia>. Acesso em 28/12/2020.

tatuagem, salvo situações excepcionais, em razão de conteúdo que viole valores constitucionais”.

Em outro julgado, RE 778.889/PE - RG, Relator Ministro Roberto Barroso, a controvérsia era relativa a ação proposta por servidora pública que obteve a guarda provisória de criança para fins de adoção, sendo-lhe concedida a licença maternidade de trinta dias, prorrogada por mais quinze dias. A servidora impetrou mandado de segurança pleiteando a concessão de licença de cento e vinte dias, sob o fundamento de que esta é a previsão constitucional para a gestante.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região foi desfavorável ao pleito da servidora pelo fundamento de que os direitos da mãe adotante são diferentes dos direitos da mãe gestante.

No julgamento do recurso extraordinário, foi reconhecido o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já usufruído, fosse de cento e oitenta dias de serviço remunerado.

A equiparação respaldou-se na interpretação sistemática da Constituição à luz da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre filhos biológicos e adotados, da doutrina da proteção integral e do interesse superior do menor. Fixou-se a seguinte tese de repercussão geral (Tema 782): “Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores ao prazo da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada”.

Em outro interessante precedente, o Plenário, no RE 791.961/PR - RG, Relator Ministro Dias Toffoli, assentou que é vedada simultaneidade entre a percepção da aposentadoria especial e o exercício de atividade especial, seja essa última aquela que deu causa à aposentação precoce ou não.

A tese vencedora reconheceu a constitucionalidade do artigo 57, § 8º, da Lei 8.213/91, assentando que a aposentadoria especial possui caráter protetivo, que visa à preservação da saúde do trabalhador, de modo que permitir que continue no trabalho especial após aposentadoria contraria o propósito do benefício.

A Corte reconheceu que a norma se presta ao resguardo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como os direitos à saúde, à vida, ao ambiente de trabalho equilibrado e à redução dos riscos inerentes ao trabalho. Fixou-se a seguinte tese de repercussão geral (Tema 709):

“(i) [é] constitucional a vedação de continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial ou a ela retorna, seja essa atividade especial aquela que ensejou a aposentação precoce ou não; (ii) nas hipóteses em que o segurado solicitar a aposentadoria e continuar a exercer o labor especial, a data de início do benefício será a data de entrada do requerimento, remontando a esse marco, inclusive, os efeitos financeiros; efetivada, contudo, seja na via administrativa, seja na judicial, a implantação do benefício, uma vez verificada a continuidade ou o retorno ao labor nocivo, cessará o benefício previdenciário em questão.

Neste caso específico - demonstrando que a amplitude da dignidade autoriza sua invocação por lados opostos do debate - o princípio da dignidade humana foi utilizado também pela corrente divergente (vencida), aberta pelo Ministro Edson Fachin, que considerou a proibição desproporcional para o trabalhador. Para o Ministro, estabelecer aos segurados que gozam de aposentadoria especial restrição similar aos que recebem aposentadoria por invalidez representaria grave ofensa à dignidade humana.

Dos precedentes trazidos, vislumbra-se que, não obstante o princípio da dignidade seja aberto e polissêmico, o STF invoca-o constantemente para solução das controvérsias, dando-lhe concretude e materialização, o que enseja maior compreensão do postulado.

Na análise do mérito recursal, o STF, tal qual no juízo de admissibilidade, como regra geral, reconhece o caráter de valor fundamental e de guia máximo interpretativo do princípio da dignidade humana, decidindo no sentido de assegurar a preservação de seu núcleo essencial, ainda que em ponderação com outros direitos fundamentais.

5 - Considerações finais

A partir da contextualização do tema e análise dos precedentes colacionados, observou-se que o Supremo Tribunal Federal, em número significativo de julgados, aloca o princípio da dignidade humana como guia interpretativo principal e valor máximo necessário a proteger outros direitos fundamentais.

No caso do específico do julgamento de recursos extraordinários, como não há critérios exatos, constitucionais ou legais, para o enquadramento de tema como relevante ou não para fins de reconhecimento repercussão geral, cabe ao julgador

ampla liberdade na construção de seu raciocínio a demonstrar que o tema ultrapassa a esfera de interesses das partes em litígio.

Neste ponto, o princípio da dignidade humana encontra amplo espaço para aplicação, como fundamento principal ou acessório, ao reconhecimento da presença de repercussão geral do debate.

Do estudo de julgados da corte, infere-se que a posição adotada pelo STF é no sentido de que possíveis violações à dignidade da pessoa humana são fundamentos robustos para o reconhecimento repercussão geral da controvérsia, haja vista se tratar de princípio fundamental da república brasileira. Em outras palavras, a jurisprudência apresentada indica que, ocorrendo vulneração à condição de dignidade humana que possa atingir sujeitos além das partes do processo, haverá presunção de relevância do debate recursal.

Ultrapassado o juízo de reconhecimento da repercussão, nas discussões de mérito dos recursos extraordinários, observou-se que a utilização pela Corte do postulado da dignidade humana é igualmente recorrente e, assim como no juízo de admissibilidade, como regra geral, decide-se a controvérsia com a finalidade de preservação do núcleo essencial da dignidade.

Portanto, vislumbra-se que, não obstante o princípio da dignidade seja aberto e polissêmico, o Supremo Tribunal Federal invoca-o constantemente para solução das controvérsias recursais julgadas sob a sistemática de repercussão geral, dando ao postulado concretude e densificação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. 1. ed. 5. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. Como salvar o sistema de repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o supremo tribunal federal vai julgar. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 7. Dez/2017. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4824>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de dezembro de 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. *Revista Jurídica Unicoc*, Ribeirão Preto, vol. 2, 2005.

COELHO MARQUES, Pedro; CAMARGO MASSAÚ, Guilherme. Dignidade Humana e o Supremo Tribunal Federal. *Revista Direitos Culturais*, 15(37), 145-161. 2020. DOI: <https://doi.org/10.20912/rdc.v15i37.206>.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: referenciais metodológicos e regime jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 21, 2005.

GONZALES PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Editorial Civitas Madrid, 1986.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Pedro Quintela. Lisboa: Edições 70, 2011.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

RODRIGUES NETTO, Nelson. A Aplicação da Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário consoante a Lei nº 11.418/06. *Revista Dialética do Direito Processual*. São Paulo: abril, v. 30, n. 49, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. 3. tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In: Flávia Piovesan; Inês Virgínia Prado. (org). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. 2. ed. Salvador. Juspodivm, 2020.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. 3. Reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REFLEXOS DO PATRIMÔNIO CULTURAL IMATERIAL NA SAÚDE MENTAL DA POPULAÇÃO INDÍGENA

NANCY SAMPEDRO: Especialista em Contratos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestranda em Direitos Difusos e Coletivos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Advogada.

1. Patrimônio cultural imaterial

Em 2003 foi editada pela Unesco em Paris, a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006, estabelecendo ações internacionais para a preservação dos bens culturais globais que formam a herança cultural da humanidade.

A convenção supracitada define o patrimônio cultural imaterial em seu artigo 2º, como sendo: “as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados” a um grupo que o transmite de geração em geração, criando um sentimento de identidade e continuidade a sua história, à diversidade cultural e à criatividade humana.

Na segunda parte do artigo supracitado há exemplos desse tipo bens, quais sejam: a) tradições e expressões orais, incluindo o idioma; “b) expressões artísticas; c) práticas sociais, rituais e atos festivos; d) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo; e) técnicas artesanais tradicionais. ”

O Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, no artigo 1º determinou o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, em um dos livros de tomo, a depender se sua classificação, são eles: dos Saberes, das Celebrações, das Formas de Expressão, dos Lugares.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF) no artigo 216 define que o patrimônio cultural brasileiro é formado pelo conjunto de “bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, e são incluídos entre esses bens “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

A Unesco inscreveu em sua Lista Representativa do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade, os seguintes bens brasileiros: Roda de Capoeira, Círio de Nazaré: procissão da imagem de Nossa Senhora de Nazaré na cidade de Belém - PA, Frevo: arte do espetáculo do carnaval de Recife, Yaokwa, ritual do povo enawene nawe para a manutenção da ordem social e cósmica, Museu vivo do Fandango, as expressões orais e gráficas dos Wajapis, Samba de roda do Recôncavo Baiano.

2. Patrimônio cultural e saúde

O homem se relaciona com o patrimônio cultural de diversas formas, a título de exemplo: (i) como instrumento para concretização de um costume, (ii) como expectador atribuindo significações e sentimentos a materialidade que lhe está sendo apresentada.

Com base nisso, Emanuel Lima (2017, p. 404) defende que o direito deve reconhecer que a etnosfera de um bem jurídico a ser tutelado eis que possui um valor *per se*, por ser diversidade cultural em si, que ganha contorno de bem imaterial, podendo ser tutelada de forma direta “com o reconhecimento de que a etnodiversidade possui um valor intrínseco” e de forma indireta “mediante a proteção ao direito à identidade étnica”.

A identidade social de um povo é formada por meio do arquetípico da estética daquela determinada população, produzindo imagens com as quais os membros se identificam de acordo com as construções sociais de gênero.

Em uma perspectiva sociológica, Stuart Hall (2003, p. 17) entende que a identidade cultural constitutiva de nosso eu mais interior é fixada no momento do nascimento, como parte da natureza, sendo impressa por meio da linhagem genética e parentesco.

A ciência do direito vem para preservar essa diversidade cultural, onde os governos passam a reconhecer como patrimônio cultural bens imateriais e, a legislar no sentido de reconhecer e proteger os povos originários, conhecimento tradicional, língua, costumes, festas, dentre outras práticas que possuam conteúdo de uma semântica universal.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece, em seu artigo 27º, 1, que “toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam. ”

No Brasil, o patrimônio cultural imaterial é tutelado pelo meio ambiente cultural no plano constitucional, pois “a manifestação do pensamento, a criação, a

expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220 da CF)”, que esteja destinado “a satisfazer suas necessidades dentro de um padrão cultural vinculado à sua dignidade (art. 1º, III, da CF)” carece da “tutela jurídica do meio ambiente cultural (arts. 215 e 216 da CF).” (FIORILLO, 2013, p. 52)

2.1 O conhecimento tradicional indígena como identidade cultural

O conhecimento tradicional associado sobre a biodiversidade de um determinado local contribui, para transferência de conhecimentos sobre elementos da região, ficando a cargo do curandeiro a transmissão da tradição para um aprendiz, onde o conhecimento pode ser ampliado e transmitido entre as gerações formando a identidade do povo.

Os indígenas da tribo *enawene nawe* vivem às margens do Rio Juruena, nas florestas fluviais da Amazônia meridional, realizam na época da seca o ritual *Yaokwa*, “para prestar homenagem aos espíritos e garantir a manutenção da ordem cósmica e da ordem social entre seus diferentes clãs”.(UNESCO, 2017, online)

O ritual combina os conhecimentos teóricos e práticos sobre a agricultura, o tratamento de alimentos, relacionando a biodiversidade local a uma complexa cosmologia simbólica, o artesanato e a construção de casas e diques para a pesca, fazendo uma interação harmônica entre sociedade, cultura e natureza, tendo o ritual sido reconhecido patrimônio imaterial reconhecido pela Unesco. (UNESCO, 2017, online)

A perda da identidade cultural tem sido apontada como fator de desencadeamento de doenças psicológicas como ansiedade, depressão e suicídio na população indígena.

O Ministério da Saúde registrou entre 2011 e 2016, 62.804 mortes por suicídio, na comparação entre raça/cor, a “taxa de mortalidade entre os índios é quase três vezes maior (15,2) do que o registrado entre os brancos (5,9) e negros (4,7)”. (MINISTÉRIO DA SAUDE, 2017, *online*)

No caso dos indígenas, desde a colonização sofreram “discriminação encoberta em um racismo velado das sociedades nacionais”, esse subjulgamento fez com que os pais fossem “obrigados a pressionar seus filhos aprender a língua majoritária e a viverem como pessoas das cidades urbanas”. (MORI, 2017, p. 102)

A antropóloga Lúcia Helena Rangel responsável pela elaboração do Relatório Anual de Violência contra os Povos Indígenas, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), aponta que os principais gatilhos para o suicídio entre indígenas

são o racismo, as pressões sociais e as limitações de território motivadas por conflitos de terra. (FACHIN, 2018, *online*)

O jornalista Bruno Manso ao visitar São Gabriel da Cachoeira observou que as migrações vêm provocando certo desconforto cultural aos índios, relatando ter conhecido “um padre indígena, que usava batina, cocar e fazia paralelos inteligentes entre a cultura indígena e o cristianismo”, “o exército era formado por índios, os mais aptos a se embrenhar pelo mato”, “nos hospitais, havia pajés que trabalhavam com médicos para enfrentar a tuberculose”. (MANSO, 2014, *online*)

Citado jornalista, observou, ainda que “a cultura rural dos índios muitas vezes é menosprezada e ridicularizada, já que desvinculada dos valores universais do crédito e do consumo levado a todos pela televisão e internet”. (MANSO, 2014, *online*)

Da experiência acima, extraímos que o indígena se encontra em conflito com a sociedade, eis que busca o seu pertencimento e reconhecimento como sendo de um determinado grupo ante seus atributos culturais imateriais.

A cultura de um povo torna-se um “objeto do direito intrínseco aos direitos fundamentais” do cidadão, ante a sua integração, o que lhe confere status de bem que passa a ser tutelado. (D’ISEP, 2010, p. 65)

Embora, a Constituição Federal no artigo 231 reconheça os direitos básicos dos povos indígenas, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

O ato suicida vem sendo adotado como uma manifestação, para demonstrar que o indígena não está em harmonia com o meio, na busca de um sentido de identidade, sendo que o jovem enfrenta o conflito tanto sua experiência passada quanto suas possibilidades futuras (GRUBITS, FREIRE e NORIEGA, 2011, *online*)

Émile Durkheim (1977, p. 50), entende que o fator determinante do suicídio está relacionado ao grau de integração de um indivíduo a um grupo social, sendo esse dividido em três espécies: (i) o suicídio egoísta praticado pelo indivíduo que não está integrado a um grupo social, (ii) o suicídio altruísta praticado no intuito de se sacrificar pelo bem do grupo (iii) o suicídio anômico que é cometido por indivíduos que vivem em uma sociedade em crise.

Neury José Botega (2007, *online*), ao estudar o suicídio concluiu que apesar dele “envolver questões socioculturais, genéticas, psicodinâmicas, filosófico-

existenciais e ambientais, na quase totalidade dos casos um transtorno mental encontra-se presente”.

Em suma, os indígenas atualmente passam por diversos conflitos, tais como: a privação de praticar e revitalizar suas tradições e costumes culturais, a proximidade com a sociedade e a imposição de nova cultura, delimitação territorial das reservas, a poluição do meio ambiente, imposição de novas religiões, os fazem perder seus referenciais, levando-os a um conflito interior pela ausência de identidade, que culmina na prática de suicídio.

2.2 A saúde da população indígena

A Organização Mundial de Saúde (OMS) foi criada em 1948 como uma agência especializada em saúde pública, consta em sua Constituição a definição de saúde de uma forma positiva como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social e, o conceito negativo de ausência de doença.

A atenção à saúde dos povos indígenas brasileiros é um subsistema vinculado ao Sistema Único de Saúde (SUS), implantada pela Lei nº 9.836 de 23 de setembro de 1999 pautada na ideia do direito à diferença e do multiculturalismo, contemplando práticas específicas de atenção à saúde da biomedicina, observado os costumes das comunidades indígenas.

Ocorre que, na prática, o sistema se mostra falho, eis que há uma falta de profissionais disponíveis para trabalhar em área indígena, por conta da distância do perímetro urbano e dificuldade de acesso às regiões da comunidade.

Destaca-se que, existe a psiquiatria transcultural, uma área da medicina que se concentra no tratamento do “desconforto” mental, que busca entender o impacto das dimensões psicológicas, comportamentais e socioculturais associadas à doença.

O suicídio é um problema de saúde pública que envolve ordens psicológicas, sendo necessário construir e implementar estratégias de prevenção por meio das políticas públicas no Brasil voltadas para promoção da saúde da população indígena, além de aumentar o poder de fiscalização e polícia nas regiões de demarcação, a fim de evitar conflitos.

Assim, as expressões de patrimônio imaterial, sejam tradições e experiências orais, linguagem; artes cênicas, eventos sociais, rituais e festivos, conhecimentos e usos relacionados com a natureza e o universo; técnicas artesanais tradicionais, podem ser entendidas como uma herança que é transmitida de geração em geração, sendo recriada por comunidades e grupos em função de seu ambiente, cria um senso

de identidade e continuidade, contribuindo assim para promover o respeito pela diversidade cultural.

Conclusão

A proposta deste estudo foi demonstrar como as ações e omissões do homem com o patrimônio cultural imaterial impactam na saúde mental dos seres humanos, se fazendo necessário implementar políticas públicas de preservação.

No que tange do patrimônio cultural imaterial com as doenças mentais, observa-se o impacto dos conceitos atribuídos por uma determinada sociedade sobre um povo, onde a normalidade costuma ser um conceito multidimensional e, aos indivíduos que não se encaixam nela passam a vivenciar conflitos interpessoais, o que desestabiliza a psique do indivíduo, haja vista que a saúde mental depende de uma série de fatores biológicos, ambientais e socioeconômicos.

Referências bibliográficas.

BOTEGA, Neury José. **Suicídio: saindo da sombra em direção a um Plano Nacional de Prevenção.** Revista Brasileira de Psiquiatria vol.29 no.1 São Paulo Mar. 2007. ISSN 1516-4446 On-line version ISSN 1809-452X Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1516-44462007000100004> Acesso em: 04 fev 2020

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 fev 2020

_____. Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm. Acesso em: 04 fev 2020.

_____. Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006. Promulga a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, adotada em Paris, em 17 de outubro de 2003, e assinada em 3 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5753.htm Acesso em: 04 fev 2020.

_____. MINISTERIO DA SAUDE. **Taxa de suicídio é maior em idosos com mais de 70 anos e indígenas.** Publicado: Quinta, 21 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/svs/29692-taxa-de-suicidio-e-maior-em-idosos-com-mais-de-70-anos> Acesso em: 03 fev 2020.

COUTO, Reinaldo. **Patrimônio Cultural Artístico**. In: MAMEDE, Gladston. FILHO, Marcílio Toscano Franca. JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (organizadores). Direito da arte – São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 978-85-224-9157-5 (PDF). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522491575/>. Acesso em: 02 jan 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Saberes locais, tramas identitárias e o sistema mundial na antropologia de Manuela Carneiro da Cunha**. Sexta Feira - Antropologia, artes e humanidades, São Paulo: Pletora, n. 3, p. 80-91, outubro, 1998. (Entrevista concedida a Kiko Ferrite).

DURKHEIM, Émile. **O suicídio**. Lisboa: Editorial Presença, 1977.

FACHIN, Patricia. **Combate ao suicídio indígena depende de políticas de prevenção da vida e da cultura dos povos**. Entrevista especial com Lucia Helena Rangel. Publicado em 16 Janeiro 2018. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/575226-combate-ao-suicidio-indigena-depende-de-politicas-de-prevencao-da-vida-e-da-cultura-dos-povos-entrevista-especial-com-lucia-helena-rangel> Acesso em: 01 de fev de 2020

GRUBITS, Sonia Freire. FREIRE, Heloisa Bruna Grubits. NORIEGA, José Angel Vera. **Suicídios de jovens Guarani/Kaiowá de Mato Grosso do Sul**. Brasil. Psicologia: Ciência e Profissão, 31(3), 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932011000300006> Acesso em: 02 de fev de 2020

HALL, Stuart. **Pensando a Diáspora (Reflexões Sobre a Terra no Exterior)**. In: Da Diáspora: Identidades e Mediações Culturais. Liv Sovik (org); Trad. Adelaine La Guardia Resende. Belo Horizonte: Editora UFMG; Brasília: Representação da Unesco no Brasil, 2003.

HERSCHER, Ellen. **International Control Efforts: are there any good solutions?** In: MESSENGER, Phyllis M. (ed.). *The Ethics of Collecting Cultural Property*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1999. p. 117-128. Acesso em: 30 de jan de 2020

HOSAGRAHAR, Jyoti. **Cultura: no coração dos ODS. 2020**. Disponível em: <https://pt.unesco.org/courier/april-june-2017/cultura-no-coracao-dos-ods> Acesso em: 30 de jan de 2020

LIMA, Emanuel Fonseca. **Fundamentos jurídicos para proteção da diversidade cultural**. In: LIMA, Emanuel Fonseca; WATSON, Carmen Soledad Aurazo de (Orgs.). Identidade e diversidade cultural na América Latina [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. 448p. ISBN - 978-85-5696-228-7

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12^o Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MAHMOUD, Amira, ***The Impact of Built Environment on Human Behaviors*** (13 de novembro de 2018). Revista Internacional de Ciência Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, vol. 3, nº 1, 2018. DOI: 10.21625/essd.v2i1.157.g69. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3283727> Acesso em: 15 de fev de 2020

MANSO, Bruno Paes. **Por que os índios lideram o ranking dos suicídios no Brasil? O Mapa da Violência**. Publicado em 07 de julho de 2014. Disponível em: <https://sao-paulo.estadao.com.br/blogs/sp-no-diva/por-que-os-indios-lideram-o-ranking-dos-suicidios-no-brasil/> Acesso em: 30 de jan de 2020

MORI, Angel Corbera. **A diversidade linguística e cultural latino-americana, os direitos linguísticos dos povos originários e o papel social do linguista**. In: LIMA, Emanuel Fonseca; WATSON, Carmen Soledad Aurazo de (Orgs.). Identidade e diversidade cultural na América Latina [recurso eletrônico] - Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017. 448p. ISBN - 978-85-5696-228-7

OMS. ***Constitution of The World Health Organization***. Disponível em: <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf> Acesso em: 12 abr 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods11/> Acesso em: 02 fev 2020.

ORTIZ, Renato. **Diversidade cultural e cosmopolitismo**. In: ORTIZ, Renato. Um outro território. Ensaios sobre a mundialização. 2. ed. São Paulo: Olho D'Água, 2000. p. 155-173.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 3^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011

STALIANO, Pamela. MONDARDO, Marcos Leandro. LOPES, Roberto Chaparro. **Onde e Como se Suicidam os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul: Confinamento, Jejuvy e Tekoha**. Revista Psicologia: Ciência e Profissão. vol.39, Brasília, 2019. ISSN 1414-9893 On-line version ISSN 1982-3703. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1982-3703003221674> Acesso em: 03 de fev de 2020.

UNESCO. **Elementos do Brasil inscritos nas Listas do Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade da UNESCO**. Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-cultural-heritage-list-brazil/#c1414250> Acesso em: 30 de jan de 2020.

_____. **Yaokwa, ritual do povo enawene nawe para a manutenção da ordem social e cósmica. 2017.** Disponível em: <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/intangible-cultural-heritage-list-brazil/yaokwa-ritual-do-povo-enawene-nawe/#c1415500> Acesso em: 31 de jan de 2020.

PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ALTERNATIVA PARA ASSEGURAR OS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS?

MÁXIMO SOARES DE SENA: Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJ-AM). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins. Especialista em Direito Público pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA).

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo expor a realidade do sistema prisional brasileiro, apontando a privatização como alternativa para assegurar os direitos humanos dos presos. A sanção penal tem como função ressocializar o preso para a volta à vida em sociedade. Todavia, nas condições atuais que se encontra o sistema prisional no Brasil, esse objetivo torna-se cada vez mais distante. O tema torna-se de grande relevância ao buscar mecanismos para resolver uma problemática social, econômica e política que assola nosso país. Este artigo busca responder a seguinte indagação: A privatização no sistema prisional brasileiro é uma alternativa para assegurar os direitos humanos dos presos? Visando responder a este questionamento, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica. Após os levantamentos, conclui-se que a privatização é uma alternativa viável para reduzir a superpopulação dos presídios, asseverando ao preso o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ressalta-se que no Brasil, apesar da pouca experiência em relação aos presídios privatizados, o índice de reincidências entre os presos que cumpriram penas nestes estabelecimentos é menor que os dos reclusos no sistema tradicional.

PALAVRAS-CHAVE: Privatização. Sistema Prisional. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This study aims to expose the reality of the Brazilian prison system, pointing to privatization as an alternative to ensure the human rights of prisoners. The criminal sanction has the function of resocializing the prisoner for the return to life in society. However, under the current conditions of the prison system in Brazil, this goal becomes increasingly distant. The theme becomes of great relevance when seeking mechanisms to solve a social, economic, and political problem that plagues our country. This article seeks to answer the following question: Is privatization in the Brazilian prison system an alternative to ensure the human rights of prisoners? To answer this question, bibliographic research was used as a methodology. After the surveys, it is concluded that privatization is a viable alternative to reduce the

overpopulation of prisons, asserting to the prisoner the Principle of Dignity of the Human Person. It is emphasized that in Brazil, despite the little experience in relation to privatized prisons, the rate of recidivism among prisoners who have served sentences in these establishments is lower than those of prisoners in the traditional system.

KEYWORDS: Privatization. Prison System. Human Rights.

Sumário: 1. Introdução – 2. Sistema prisional brasileiro: uma realidade assustadora; 2.1 Realidades das prisões brasileiras; 2.2 Ineficácia da lei; 3. Privatização do sistema prisional brasileiro: possibilidades e desafios; 3.1 Experiências de privatização de presídios; 4. Privatização do sistema prisional brasileiro: uma alternativa para assegurar os direitos humanos dos presos? 5. Considerações; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O sistema penitenciário brasileiro atualmente vive um cenário caótico, constituído pelo abandono, ausência de investimentos, superpopulação carcerária, rebeliões e presença do crime organizado, o qual controla “indiretamente” boa parte dos presídios no Brasil. Neste panorama, os presos são obrigados a cumprirem suas penas em condições humilhantes, degradantes e inadequadas.

Ressalta-se que o número de vagas criadas nos presídios, não acompanhou o crescimento acelerado do número de presos, ocasionando um déficit de vagas necessárias para atender a demanda de condenados. As celas estão, cada vez mais, lotadas e não atendem aos requisitos mínimos de dignidade assegurados pela Constituição Federal (Art. 1º, inciso III) e pela própria Lei de Execução Penal (Lei Nº 7.210/84).

Neste preâmbulo, as penas privativas de liberdade acabam perdendo a função social de ressocializar o condenado, o qual cumpre sua pena em uma cela superlotada, sem nenhum acompanhamento psicológico e tão pouco um programa para recuperá-lo.

Este artigo tem como objetivo geral expor a realidade do sistema prisional brasileiro, apontando a privatização como uma alternativa viável para assegurar os direitos humanos dos presos. Tendo como objetivos específicos: a) Conhecer a realidade das prisões brasileiras; b) Identificar os fatores que contribuem para a ineficiência das leis em garantir dignidade aos presos; c) Verificar as possibilidades e desafios para a privatização do sistema prisional brasileiro; d) Analisar as contribuições da privatização do sistema prisional como forma de garantir os direitos humanos dos presos.

Para a efetivação deste estudo utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, dialogando com as legislações vigentes referentes a temática e com os doutrinadores: BALDIM (2016); D'URSO (1999); GOMES (2002); MINHOTO (2000); MIRABETE (1993); OLIVEIRA (2002); RODRIGUES (2013); WACQUANT (2001); SILVA (2014), TOURINHO (2008), dentre outros.

2.SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA REALIDADE ASSUSTADORA

A Carta Régia do Brasil, em 1769, determinou a construção da Casa de Detenção no Rio de Janeiro, considerada a primeira prisão brasileira. Nessa prisão, não havia separação de presos por tipo de crime. Ficavam juntos os primários e os reincidentes, bem como os que praticavam crimes "leves" e os criminosos mais perigosos. Somente em 1824, a Constituição determinou que as cadeias tivessem os apenados separados por tipo de crime ou pena e que fossem adaptadas para que os detentos pudessem trabalhar (BRASIL, 2009).

A determinação foi cumprida, mas por pouco tempo. No início do século 19, a cadeia do Rio de Janeiro possuía presos acima do número de vagas.

Em 1890, o Código Penal previa que presos com bom comportamento, após cumprirem parte da pena, poderiam ser transferidos para presídios agrícolas. Transcorridos 127 anos, o país possui apenas 95 unidades destinadas aos presos do regime semiaberto, apesar do crescimento assustador no número de apenados.

Em 1935 o "Código Penitenciário da República" estabeleceu, além do direito de o estado punir, o dever de recuperar o detento. Em 11 de julho de 1984, foi sancionada a Lei Nº 7.210/84, que instituiu a Lei de Execução Penal (LEP), ampla, de excelente qualidade, considerada um dos melhores instrumentos jurídicos do mundo. Mas, apesar de todo aparato jurídico, o sistema prisional brasileiro se "constitui num verdadeiro inferno, por responsabilidade pura e nua da federação brasileira através da ação e omissão dos seus mais diversos agentes" (BRASIL, 2009, p. 70).

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), o Brasil tem atualmente uma população carcerária de 773.151 presos, sendo a terceira no ranking de países com maior número de pessoas presas. Possuindo um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário. Se for considerado os 126.146 presos do regime semiaberto, os 253.963 presos provisórios e os mandados de prisão em aberto, em torno de 373.991, a população carcerária saltaria para mais de 1 milhão e meio de pessoas.

2.1 REALIDADES DAS PRISÕES BRASILEIRAS

As prisões brasileiras encontram-se superlotadas. O número elevado de presos provisórios aguardando julgamento e a aplicação de sentenças excessivamente punitivas a delitos menores, exauriu o sistema penitenciário, que já não tem mais condições de lidar com o número de presos que mantém.

De acordo com o Relatório da CPI do Sistema Prisional (BRASIL, 2009) em relação às modalidades de assistência a ser prestada aos presos, a maioria dos estabelecimentos penais não oferecem condições mínimas para que os mesmos vivam adequadamente. A referida CPI constatou, no ambiente carcerário, “uma realidade cruel, desumana, animalésca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano” (BRASIL, 2009, p. 17). Constatou ainda, um cenário de tensão, medo, repressão, torturas e violências, que se estendem aos parentes, quando das visitas nas unidades prisionais.

A realidade encontrada nos mais variados estabelecimentos penais brasileiros é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie.

Segundo o Art. 10 da Lei Nº 7.210/84, a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Essa assistência será material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (Art. 11, da LEP). Entretanto, apesar dos dispositivos legais, esses direitos não são respeitados nas unidades prisionais.

Muitos estabelecimentos não contêm instalações apropriadas à alocação individual de presos e, quando estes são alojados coletivamente, não lhes são propiciadas condições mínimas de acomodação. Os presos são apinhados em celas escuras e sem ventilação, onde permanecem expostos a doenças potencialmente mortais, como a AIDS e a tuberculose, para as quais recebem pouco ou nenhum tratamento. Sem contar que ainda não são separados conforme seu delito, nem pena.

Essa realidade encontrada na maioria dos presídios brasileiros contraria a Lei de Execução Penal, em seu Capítulo II (Da Penitenciária), Art. 88, que expressa: “O condenado será alojado em cela individual, que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório” (BRASIL, 2019, p. 210).

A Comissão de Inquérito Parlamentar do Sistema Carcerário publicou em 2009, um estudo onde descreve a precária situação dos encarcerados brasileiros:

Nas unidades prisionais diligenciadas, constatou-se que os estados não fornecem uniformes, colchões, lençóis ou cobertores – que, na verdade, são fornecidos pelas famílias. De igual forma, os estados não fornecem material de higiene, que

igualmente são levados pelos familiares ou comprados nas mercearias das cadeias a preços superfaturados.

Os estabelecimentos são escuros em razão de economia de energia elétrica. As celas e outros espaços de uso dos presos mais parecem masmorras, pelo estado de sujeira e pelo mau cheiro. A falta de água é frequente em várias unidades e racionada em outros. Como racionamento, é distribuído um limite de 6 litros por cela ao dia. Essas celas são ocupadas, em média, por trinta homens. No verão, a temperatura chega aos 35 graus. Os banhos são com água sem aquecimento, para a economia de energia elétrica. Em geral, os estabelecimentos são insalubres, sem a mínima condição de abrigar seres humanos.

A assistência jurídica é ignorada. No quesito alimentação, a qualidade e a variedade são de classificação crítica. As porções, por vezes, ação parlamentar 365 CPI do Sistema Carcerário são servidas até em sacos plásticos, constituídas de um pouco de verdura, feijão, pedaço de carne e arroz de terceira categoria (BRASIL, 2009, p. 364).

Segundo o Relatório da CPI do Sistema Penitenciário (Brasil, 2009), nos estabelecimentos penais inspecionados pela Comissão, em muitos deles, os presos não têm acesso à água e, quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade. Igualmente, não são tomadas medidas suficientes para assegurar que a água fornecida seja limpa. Em muitos estabelecimentos, os presos bebem em canos improvisados, sujos, por onde a água escorre. Em outros, os presos armazenam água em garrafas de refrigerantes, em face da falta constante do líquido precioso. Em vários presídios, presos em celas superlotadas passam dias sem tomar banho por falta de água. Em outros, a água é controlada e disponibilizada 2 ou 3 vezes ao dia.

Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. Não raras vezes os banheiros estão localizados em outras áreas, e nem sempre os presos têm acesso ou permissão para utilizá-los. O mesmo ocorre para as instalações destinadas ao banho.

A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a

proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável (BRASIL, 2009).

Para Baldin (2016), além da péssima infraestrutura proporcionada aos presos brasileiros, ainda há o terrível problema do déficit de vagas nas prisões. De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020, p. 291) o Brasil possuía em 2019, um déficit de 312.925 vagas no sistema penitenciário.

Segundo Oliveira (2002), além dos problemas estruturais, o crime organizado, a corrupção, a superlotação, a ociosidade e a baixa inteligência na administração dos estabelecimentos prisionais contribuem para o fracasso do sistema penitenciário brasileiro.

Para Silva & Tavares (2014) a degradante situação em que os apenados são submetidos demonstra que a ressocialização prevista em nossa legislação está longe de ser alcançada. O efeito, na grande maioria das vezes, é contrário, pois com um sistema tão deficiente, o condenado acaba se tornando um cidadão mais violento e revoltado com a sociedade, o que gera uma grande quantidade de reincidentes, pois o descaso com os direitos humanos e com a crítica situação a que são submetidos, acabam incentivando o retorno para o mundo da criminalidade.

Diante dessas informações, não restam dúvidas da falência do modelo prisional brasileiro e com ele o objeto ressocializador da pena privativa de liberdade.

2.2 INEFICÁCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Brasil conta com um excelente aparato jurídico relativo ao Direito Penitenciário. Não faltam dispositivos legais e supralegais que visam garantir direitos aos apenados brasileiros e limitar o poder estatal sobre esses indivíduos.

A Constituição Federal em seu Art. 5º, inciso XLIX, estabelece que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. No inciso III do mesmo artigo consta, ainda, a garantia de que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

A Lei de Execuções Penais (LEP), em seu Art. 3º determina que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. Em seu Art. 41, incisos de I a XVI, dispõe sobre os direitos do preso:

Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Parágrafo único - Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 2019, p. 202 e 203)

Existem ainda, dispositivos supralegais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e o Tratamento de Prisioneiros da ONU (1957) que estabelecem tratamentos mínimos

que o preso deve receber por parte do poder estatal. Porém, “apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano” (BRASIL, 2009, p. 192).

Analisando o sistema prisional brasileiro, percebe-se a deficiência por parte do Estado em fornecer serviços de qualidades aos presos, demonstrando a enorme disparidade entre o ideal normativo e a realidade prática na execução penal. Neste sentido, torna-se necessário buscar alternativas para assegurar os direitos humanos dos presos previstos nos dispositivos legais supracitados.

3 PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

Atualmente pode-se delinear a existência de dois modelos de privatização de presídios: o americano e o francês. No modelo americano, o Estado se retira da atividade penitenciária, permanecendo como um fiscal da lei e dos termos do contrato firmado com a empresa. No chamado modelo francês ou europeu, adotado no Brasil, a empresa fica encarregada de serviços estabelecidos no edital da licitação, tais como: a) construção de unidades prisionais; b) fornecimento de alimentação; c) prestação de assistência social, médica, odontológica, psicológica e psiquiátrica; d) educação profissionalizante, diretamente ou através de convênio com entidades estatais ou privadas; e) esporte e recreação; f) prestação de assistência jurídica.

A diferença fundamental entre os dois reside no fato de que no modelo francês a direção da prisão permanece sob o controle do Estado, terceirizando a administração dos serviços à(s) empresa(s) encarregada(s). Este modelo é também chamado de gestão mista, compartilhada ou cogestão. Nesse sentido, Silva & Tavares (2014) complementam a explicação sobre o modelo prisional francês:

Ao Estado cabe à responsabilidade pela segurança interna e externa da prisão, a indicação do diretor geral do estabelecimento e seu relacionamento com o juízo da execução penal. Já à iniciativa privada compete a organização do trabalho, da educação, do lazer, da alimentação, fornecimento de vestimentas e demais serviços relacionados ao preso, ou seja, os serviços de hotelaria. A empresa contratada receberá uma quantia por preso/dia em decorrência da prestação desses serviços (SILVA & TAVARES, 2014, p. 147).

No Brasil, existe um grande embate teórico entre os doutrinadores e juristas brasileiros em torno da possibilidade de privatizar as prisões brasileiras. Essa divergência ocorre em saber se dentro do nosso ordenamento jurídico seria possível

o Estado delegar as administrações materiais que seriam do Poder Público, à iniciativa privada, como ocorre no modelo francês supracitado.

O argumento contrário sustenta que do ponto de vista jurídico, as restrições à privatização do sistema prisional estariam dispostas na legislação brasileira. A interpretação literal da Lei de Execução Penal proíbe que a execução do sistema carcerário seja gerenciada por empresas privadas, bem como a delegação da gestão penitenciária aos particulares (RABELO; VIEGAS; RESENDE, 2015). Nesse entendimento o gerenciamento dos presídios integraria a função jurisdicional do Estado, tornando-se, assim, impossível a sua descentralização, sendo defendido por MINHOTO (2002), WACQUANT (2001), TOURINHO (2008) e MOREIRA (2015).

Ao abordar o tema privatização dos presídios, a primeira ideia que vem a mente seria a transferência do poder estatal para iniciativa privada, entretanto, seria uma concepção errônea. A ideia de privatização desenvolvida neste artigo significa que as atividades administrativas no sentido estrito permanecem por conta do poder estatal e as atividades de execução material seriam atribuídas à iniciativa privada.

Neste entendimento colabora D'Urso (1999) ao afirmar que:

A função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que, por meio de seu órgão-juiz, determinará quando o homem poderá ser preso, por quanto tempo, quando e como ocorrerá à punição, numa preservação do poder de império do Estado, que é o único legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei (D'URSO, 1999, p. 75).

Neste sentido, se posiciona Mirabete (1993), ao separar as atividades inerentes à execução penal e destacar as atividades administrativas em sentido amplo. Segundo a autora, as atividades podem ser classificadas em duas modalidades: atividades administrativas em sentido estrito (judiciárias) e atividades de execução material. As primeiras são inafastáveis e indelegáveis pelo poder estatal, incumbindo aos órgãos da execução penal. No que tange às atividades de execução material, poderiam ser atribuídas a entidades privadas.

Alguns opositores a privatização dos presídios, ressaltam em seus argumentos questões relacionadas à moralidade da gestão, segundo os quais, o objetivo da iniciativa privada no setor penitenciário será exclusivamente o lucro. Para Minhoto (2002, p. 136) "nessa nova forma de gestão, a prisão acaba se tornando um meio de controle altamente lucrativo das ilegalidades dos perdedores globais".

No Brasil, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária propôs oficialmente, em janeiro de 1992, a adoção de prisões privadas no país. De acordo

com Minhoto (2002), a proposta surgiu através da observação dessa experiência em outros países, como nos Estados Unidos, França, Inglaterra e Austrália. A proposta vinha para:

- a) atender os preceitos constitucionais de tratamento digno aos presos; lançar uma política de reinserção social do condenado e assim diminuir os índices altíssimos de reincidência;
- b) introduzir um modelo administrativo de gestão moderna;
- c) reduzir encargos e gastos públicos;
- d) desenvolver uma política de prevenção da criminalidade, ao envolver a comunidade nas tarefas de execução da pena e, certamente, diminuir a superpopulação que abarrotava o sistema (MINHOTO, 2002, p.147).

A partir de então, o modelo vem sendo implantado no Brasil. Em janeiro de 2013, a primeira penitenciária em regime de parceria público-privada do país foi inaugurada, em Ribeirão das Neves, Minas Gerais. Outras iniciaram como unidades públicas e foram assumidas por uma administração privada. Nesses casos a empresa privada tem a função de administrar o presídio e o Estado fiscaliza o trabalho da empresa (MINHOTO, 2002).

Os defensores da privatização argumentam que faz muito tempo que o Estado não investe devidamente no sistema penitenciário. Refutar a privatização, de forma precipitada, é de certa forma concordar com o caos instalado nos presídios brasileiros, se constituindo em verdadeiras universidades do crime. Para essa corrente, não é necessário se preocupar com a administração do presídio por uma empresa particular, pois o Estado estará sempre vigilante para evitar desvios no acordo celebrado e a própria empresa tem o interesse em mostrar eficiência para garantir manutenção do contrato.

Vários juristas defendem que a privatização prisional é constitucional, desde que agentes penitenciários trabalhem sob as ordens de uma autoridade estatal (modelo francês). Nas palavras de D'urso (1999) a privatização prisional é:

(...) tão somente chamar e admitir a participação da sociedade, da iniciativa privada, que viria a colaborar com o Estado nessa importante e arriscada função, a de gerir nossas unidades prisionais. Ao Estado continua a função jurisdicional da pena e

a remuneração do empreendedor privado. (D'URSO, 1999, p.72).

Rodrigues (2013) cita de forma resumida, os exemplos dos vários estados brasileiros que adotaram a terceirização de alguns dos serviços da administração ou da execução das penas privativas de liberdade:

- No Estado do Ceará, a Penitenciária Regional do Cariri, Sobral e Fortaleza foram terceirizadas;
- A Penitenciária edificada no município de Valença no estado da Bahia, é gerida por empresa privada;
- No estado do Amazonas também existem penitenciárias terceirizadas;
- No estado de Santa Catarina há implantação de serviços penitenciários com parcerias públicas e privadas;
- O governo do Estado do Pernambuco implantou a terceirização com parcerias entre as empresas públicas e privadas, para construção e gestão de presídios;
- No Espírito Santo, o governo do Estado também privatizou a administração de um presídio (RODRIGUES, 2013, p.17).

No Brasil, 16 unidades prisionais já adotam a privatização dos serviços penitenciários, onde aproximadamente 9 mil detentos estão sob a administração de empresas da iniciativa privada, além de contratações feitas por meio das parcerias públicas e privadas e/ou terceirização, onde empresas prestam alguns serviços para a unidade prisional, sob a gerência direta da administração pública.

3.1 EXPERIÊNCIAS DE PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS

Experiências de privatização de presídios têm sido implementadas ao redor do mundo desde a década de 80, países como Inglaterra, Escócia, País de Gales, Austrália, Nova Zelândia, África do Sul, Israel, França, Alemanha, Chile, Brasil, México, Irlanda, Bulgária, Hong Kong (China), República Tcheca, Bélgica, Holanda, Porto Rico, Canadá e Peru têm permitido diferentes graus de participação privada nas atividades penitenciárias.

No Brasil, impera no campo da privatização de presídios o modelo de terceirização ou cogestão dos serviços penitenciários. A base legal para os contratos de terceirização é a Lei de Licitações (Lei Nº 8.666/93). Neste sistema, o Estado

entrega por um período de um a cinco anos uma prisão já construída para uma empresa, que fica encarregada de toda a administração interna, da cozinha aos agentes penitenciários.

A primeira experiência de administração prisional com relevante participação da iniciativa privada (já que há muito tempo havia experiências com o fornecimento da alimentação por empresas e cooperativas), data de 12 de novembro de 1999, dia em que foi inaugurada a Prisão Industrial de Guarapuava (PIG), localizada no Município de Guarapuava, distante 265 km de Curitiba.

Em Guarapuava, foram terceirizadas atividades como alimentação, vestuário, higiene, assistência médica, psicológica e odontológica, bem como a segurança interna e a assistência jurídica. Estas incumbências ficaram a cargo da Humanitas Administração Prisional S/C, subsidiária da empresa Pires Serviços de Segurança.

O governo do Paraná ficou, por sua vez, encarregado da nomeação do diretor, do vice-diretor e do diretor de disciplina, que supervisionam a qualidade de trabalho da empresa contratada e fazem valer o cumprimento da Lei de Execuções Penais (OSÓRIO & VIZZOTTO, 2005). Como consequência do êxito obtido com a experiência de cogestão em Guarapuava, o governo optou por expandir tal modelo para outros cinco estabelecimentos penais: Casa de Custódia de Curitiba, Casa de Custódia de Londrina, Penitenciária Estadual de Piraquara, Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu e Penitenciária Industrial de Cascavel.

Outro exemplo se encontra no Ceará. Dos 11 mil detentos do Estado, 1.549 são mantidos por empresas. O maior dos estabelecimentos cearenses com serviços terceirizados é a Penitenciária Industrial Regional do Cariri, localizada em Juazeiro do Norte.

A respeito das experiências no Paraná e no Ceará, afirma Gomes (2002):

[...] temos duas experiências no país de terceirização, terceirizou-se apenas alguns setores, algumas tarefas. Essas experiências foram no Paraná e no Ceará, experiências muito positivas. Terceirizaram os serviços de segurança, alimentação, trabalho, etc. Há uma empresa cuidando da alimentação de todos, dando trabalho e remunerando nesses presídios, que possuem cerca de 250 presos cada um. O preso está se sentindo mais humano, está fazendo pecúlio, mandando para a família e então está se sentindo útil, humano. Óbvio que este é o caminho. Sou favorável à terceirização dos presídios (GOMES, 2002, p. 23).

Em Colatina, no estado do Espírito Santos, o Instituto Nacional de Administração de Penitenciária (INAP) administra a Penitenciária de Segurança Média de Colatina. Cada detento ao ingressar na penitenciária recebe um kit contendo com roupas de verão e inverno, sapatos, meias, cuecas, aparelhos de barbear, sabão, sabonete, escova de dente e creme dental.

No Brasil, há um único presídio construído em sistema de Parceria Público-Privada (PPP). Em seus três anos de existência, nunca houve motim, rebelião ou mortes violentas - e contam-se duas fugas. O complexo está localizado em Ribeirão das Neves, Região Metropolitana de Belo Horizonte, em Minas Gerais, abrigando 2.016 detentos, distribuídos em três unidades: duas para regime fechado e uma para regime semiaberto.

O governo de Minas paga R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) mensais per capita à empresa GPA (Gestores Prisionais Associados), que administra o complexo. Mas somente a metade do valor R\$ 1.750,00 (um mil, setecentos e cinquenta reais) refere-se ao custo do preso e à manutenção da cadeia. A outra metade é reembolso pelos investimentos na construção do complexo, erguido e equipado pela iniciativa privada, ao custo de R\$ 280.000.000,00 (duzentos e oitenta milhões). O presídio conta com instalações médicas e odontológicas, salas de aula, oficinas de trabalho e áreas de lazer.

Neste complexo penitenciário, 2.000 (dois mil) presos têm atividades educacionais. As aulas vão da educação fundamental, passando pelo ensino técnico e universitário. Há 80 matriculados em cursos do Pronatec e 32 fazem faculdade à distância. Outros 60 seguem cursos religiosos.

O presídio oferece 349 vagas de empregos, proporcionadas por 17 empresas. Se não tiver atividades, o detento em regime fechado só pode ficar duas horas no pátio. Por isso, livros, aulas e ofertas de empregos são procurados.

O complexo é regido pela Lei das PPPs. O modelo é um tipo de privatização e não uma cogestão, como em Manaus, onde os serviços foram terceirizados para uma empresa, pela Lei das Licitações. Em Minas, os parceiros privados são responsáveis por todas as obras e melhorias no complexo, pela prestação de serviços e pelo trato direto com os usuários do sistema.

Não há carcereiros, mas monitores, que trabalham com colete, sem armas letais. Os policiais, com armamento pesado, estão nas muralhas e no entorno do complexo. A segurança, em qualquer ocorrência, é feita pela PM, que faz a escolta dos presos — ações previstas no contrato da PPP. Os administradores têm de prestar contas bimestrais ao governo e são avaliados permanentemente: tendo de manter o bom desempenho em 380 indicadores avaliados por consultoria independente. Em

caso de irregularidades, estão sujeitos a multas, suspensão de pagamentos e podem até perder a concessão.

No Brasil, atualmente, são 16 as instituições prisionais (entre penitenciárias, presídios e casas de custódia) com atividades terceirizadas a empresas privadas.

4 PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: UMA ALTERNATIVA PARA ASSEGURAR OS DIREITOS HUMANOS DOS PRESOS?

A prisão é um instrumento para a ressocialização do condenado, para que cumprindo a pena, seja reeducado e volte a viver em harmonia em sociedade. Mas diante dos múltiplos problemas encontrados no atual sistema penitenciário brasileiro, estamos distantes de atingir os verdadeiros objetivos do Estado, não restam dúvidas de que o Sistema Penitenciário, para atingir o fim a que se destina, tem que ser reformulado, pois a situação atual é insustentável.

Os presos são sujeitos de direitos, sendo obrigação do Estado, promover a reabilitação, em instituições apropriadas, com o mínimo de dignidade. A estrutura física das instituições prisionais e a forma das relações devem ser repensadas, a fim de assegurar a disciplina e o exercício dos direitos individuais e sociais fundamentais decorrentes da cidadania dos mesmos.

Os apenados devem ter assegurados todos os seus direitos não atingidos pela sentença condenatória e todos aqueles previstos pela Lei de Execução Penal e pelo ordenamento jurídico brasileiro. A privatização do sistema penitenciário mostra-se como uma alternativa de restabelecer uma política de segurança eficaz e integrada, visando atingir um modelo prisional ideal, dentro das diretrizes da política de humanização, de controle da criminalidade e de ressocialização efetiva do detento, respeitando os direitos humanos e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Embora a proposta de privatização das penitenciárias, ainda seja uma novidade para muitos e um tema controverso para outros, deve ser utilizada como uma alternativa para a crise que afeta o sistema prisional, visto que o modelo atual já demonstrou seu fracasso para com a ressocialização do apenado, bem como o total desrespeito com os direitos humanos dos presos.

A privatização dos presídios tem se mostrado a solução mais palpável para assegurar uma utilização eficiente da grande quantia pública dispendida. Embora haja inúmeras críticas, devemos ser plausíveis em admitir que a situação estarecedora de nossas prisões já passou do tempo de ser mudada. A população corre risco com este modelo prisional cuja gestão é ineficiente e desequilibrada, ambiente propício para a fertilização e desenvolvimento do crime. Por certo as

medidas a serem implantadas devem condizer com a realidade nacional e serem objeto de acompanhamento intenso por parte do Estado.

O Estado deve administrar a política penitenciária com inteligência, sem deixar que preconceitos ideológicos rejeitem algo que vem trazendo mudanças significativas no modo como se vê a administração penitenciária no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história sempre houve a necessidade de se punir de alguma maneira condutas tidas como indesejáveis. Como decorrência desta necessidade histórica, a prisão acabou por se desenvolver como uma instituição em permanente construção e avaliação. Ao analisar a questão penitenciária, não se deve desta maneira, partir da premissa de que as prisões chegaram a determinado estágio de desenvolvimento institucional a partir do qual certos paradigmas não devem ser questionados. Conforme demonstrado neste artigo, o paradigma da gestão estatal das penitenciárias pode e deve ser questionado.

Não se pode negar a falência do sistema penitenciário brasileiro. É tempo, portanto, de repensar novas formas de atuação face ao problema que assola o sistema. Experiências exitosas postas em prática no Brasil afora devem ser estudadas e levadas em consideração. O Estado deve conduzir a política penitenciária com inteligência, sem deixar que preconceitos ideológicos descartem a *priori* algo que vem trazendo mudanças significativas no modo como se vê a administração penitenciária no Brasil.

É claro que a Parceria Público-Privada e o regime de terceirização têm suas fragilidades. É justamente por isso que a sociedade e o Poder Público devem estar atentos para que as disposições contratuais sejam estabelecidas de maneira clara, elencando as metas a serem cumpridas bem como as obrigações das partes, fiscalizando de perto e zelando pelo seu cumprimento.

Seria temerário, portanto, afirmar que o fornecimento privado de serviços penitenciários é um remédio universal para todos os problemas encontrados nas prisões. Pode não obstante, colaborar com a solução dos problemas causados pelo descaso histórico com que os estabelecimentos prisionais vêm sendo tratados. Tal atitude tem se mostrado cada vez mais insustentável – e os “clientes assíduos” do sistema penal teimam em seguir nos lembrando deste fato.

É necessário, também, o aprofundamento de estudos que deem conta de comparações entre as prisões geridas pelo Estado e por empresas no que tange aos custos e à qualidade do serviço prestado. Desta maneira, contratos poderão ser

redigidos conforme parâmetros razoáveis de qualidade e preço, possibilitando uma maior eficiência do gasto público.

A forma como é utilizada a intervenção penal no Brasil deve, também, ser objeto de reflexão. A pena privativa de liberdade quando aplicada a indivíduos que não oferecem ameaça concreta à sociedade acaba sendo, além de uma punição desproporcional ao infrator pelo delito cometido, uma dura punição ao contribuinte.

REFERÊNCIAS

BALDIN, Luís. Participação Privada no Sistema Prisional Brasileiro. In: **Empório do Direito**, 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-participacao-privada-no-sistema-prisional-brasileiro-por-luiz-otavio-fontana-baldin/#_ftn1>. Acesso em: 24 de nov. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009.

_____. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Dados da população carcerária brasileira atualizado**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>>. Acesso em: 09 de dez. 2020.

_____. **Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 25 de nov. 2020.

_____. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 25 de nov. 2020.

_____. Senado Federal. **Coletânea básica penal**. 9. ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

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

D'URSO, Luiz. **Direito criminal na atualidade**. São Paulo: Atlas, 1999.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Ano 14, 2020. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>>. Acesso em: 09 de dez. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Público em pauta.** Entrevistas por Vilbégina Monteiro. Ano VI - Nº 55 - março de 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/10717-10717-1-PB.htm>>.

Acesso em: 25 de nov. 2020.

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **A Privatização dos estabelecimentos penais diante da Lei de Execução Penal.** Revista do CNPCP: Brasília, 1993. Disponível em <http://www.researchgate.net/publication/28783763_A_privatizao_dos_estabelecimentos_penais_diante_da_Lei_n_7.210_de_11_de_julho_de_1984_Lei_de_execuo_pena_l>. Acesso em: 15 nov. 2020.

MOREIRA, Rômulo. **A Privatização das Prisões,** 2015. Disponível em <<http://www.bu.ufsc.br/privatizacao.html>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

OLIVEIRA, Odete. **Prisão: um paradoxo social.** 3 ed. rev. SC: Editora da UFSC, 2002.

OSÓRIO, Fabio & VIZZOTTO, Vinicius. **Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes,** 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7643&p=1>>. Acesso em: 26 nov. 2020.

RABELO, César; VIEGAS, Cláudia; RESENDE, Carla. **A Privatização do Sistema Penitenciário Brasileiro,** 2015. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj032383.pdf>>. Acesso em: 16 de nov. 2020.

RODRIGUES, Rodolfo. **A terceirização de presídios no Brasil.** Revista Ordem Pública, Vol. 6, número 1, Semestre I – 2013. Disponível em <<http://www.acors.org.br/rop/index.php?pg=revista>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

SILVA, Luma & TAVARES, Simone. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. **Revista Eletrônica das Faculdades Sudamérica.** v. 6, 2014. Disponível em <http://sudamerica.edu.br/argumentandum/artigos/argumentandum_volume_6/Texto_5_Artigo_Luma_Simone.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2020.

TOURINHO, Rita. A Atuação do Ministério Público no Combate a Terceirização do Sistema Carcerário no Brasil. **Revista Eletrônica do Direito Administrativo:** 2008. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13749-13750-1-PB.pdf>>. Acesso 16 nov. 2020.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

A SUCESSÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO DAS SERVENTIAS NOTARIAIS E REGISTRAS

CAMILLA DE SOUSA BRANDÃO FLEURY CURADO:
Mestranda em função social do direito pela FADISP. Especialista em direito tributário e em direito notarial e registral. Graduada em direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Analista Judiciário.

RESUMO: O assunto em estudo neste trabalho é a responsabilização trabalhista no âmbito das delegações de serviços notariais e registrais em relação ao novo titular. Considerando que os serviços notariais e registrais possuem um regime jurídico próprio, diverso daquele aplicado a empresas, serão analisados os requisitos para aplicação da sucessão trabalhista e a peculiaridade dos serviços notariais. Analisa-se a natureza jurídica, a figura do agente delegado e a relação de emprego entre o agente titular e o empregado. Ademais, expõe-se a construção jurisprudencial a respeito do tema, tratando da responsabilidade do sucedido, do sucessor e do Estado.

Palavras-chave: Sucessão trabalhista – serviços notariais e registrais – requisitos – jurisprudência.

ABSTRACT: The subject under study in this work is labor liability in the scope of notary and registration services' delegations in relation to the new holder. Considering that notary and registration services have their own legal regime, different from that applied to companies, the requirements for the application of labor succession and the peculiarity of notary services will be analyzed. The legal nature, the figure of the delegated agent and the employment relationship between the holder and the employee are analyzed. In addition, the jurisprudential construction on the subject is exposed, dealing with the responsibility of the former agent, of the successor and of the State.

Keywords: Labor succession - notary and registration services - requirements - jurisprudence.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Regime jurídico dos notários e dos registradores; 3. Sucessão trabalhista no âmbito notarial e registral; 3.1 Ausência de personalidade jurídica; 3.2 Ausência dos requisitos da sucessão trabalhista; 3.3 Independência dos delegatários; 3.1 Entendimento jurisprudencial; 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da aplicação do instituto da sucessão trabalhista no âmbito das serventias notariais e registrais, que vem sendo tese de debate nas Cortes Judiciais.

Essa grande demanda nos Tribunais se nota especialmente em razão da realização de concursos de públicos para a titulação das serventias, conforme exigido pelo art. 236 da Constituição de 1988, e a superação da antiga prática de se alocar parentes nas serventias com altos salários.

Analisa-se, nesse contexto, os requisitos exigidos pelo ordenamento para aplicação da sucessão trabalhista e a sua compatibilidade com o regime jurídico previsto e aplicado para as serventias notariais e registrais.

Faz-se, ainda, uma exposição de entendimentos doutrinários, bem como da compreensão que as Cortes Judiciais vêm adotando sobre o tema e sua evolução no decorrer dos anos.

Para essa compreensão, além dos aspectos normativos, verifica-se a realidade fática e histórica que permeia a prática estabelecida por anos nos chamados *cartórios*, que eram considerados patrimônios privados e repassados como direito sucessório de pais para filhos e onde se empregava diversos familiares com valores altíssimos fora do patamar estabelecido pelo mercado de trabalho.

Nesse contexto, observa-se de forma objetiva e imparcial, sem paixões, ainda que nobres, a possibilidade de aplicação da sucessão trabalhista aos novos titulares das serventias para arcarem com débitos dos antigos delegatários.

2 REGIME JURÍDICO DOS NOTÁRIOS E DOS REGISTRADORES

As atividades exercidas por notários e por registradores, no âmbito das serventias, são funções públicas, delegadas aos particulares, por meio do art. 236 da Constituição¹⁸⁵. A partir disso, verifica-se a diferença entre a natureza do serviço e

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

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

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

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

a natureza do ato de prestar, eis que, apesar de serem exercidos em caráter privado¹⁸⁶, tais serviços não são privados.

Nesse sentido, o autor Luís Paulo Aliende Ribeiro transcreve que:

O exercício necessariamente privado ocorre no campo destinado à gestão privada, ou seja, na atuação jurídica dos notários e registradores e no gerenciamento financeiro e de pessoal de cada unidade de serviço, o que, quanto à organização geral dos serviços e à relação de sujeição especial que liga os delegados ao Poder Público outorgante, não afasta o regime jurídico de direito público e a natureza estatal desta singular atividade de atribuição da fé pública e da publicidade oficial a atos, contratos e direitos de terceiros.

A gestão privada, isoladamente considerada, não permite, por este motivo, a caracterização da atividade notarial de registros como atividade econômica em sentido estrito, permanecendo, em face do parcial regime jurídico de direito público de direito público, sua natureza de serviço público¹⁸⁷.

Os notários e os registradores não exercem cargo, uma vez que não fazem parte da estrutura administrativa do Estado. Trata-se, na realidade, de agente público, não se confundindo com o conceito de servidor público. São considerados como particulares em colaboração, alheios à estrutura Estatal, compondo outra categoria de agentes públicos ao lado dos agentes políticos e dos servidores públicos.

Assim são os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho:

A expressão agentes públicos tem sentido amplo. Significa o conjunto de pessoas que, a qualquer título, exercem uma função pública como prepostos do Estado. Essa função, é mister que se diga, pode ser remunerada ou gratuita, definitiva ou transitória, política ou jurídica. O que é certo é que, quando atuam no mundo jurídico, tais agentes estão de alguma forma vinculados ao Poder Público. Como se sabe, o Estado só se faz presente através das pessoas físicas que em seu nome

¹⁸⁶ Lei 8.935/94, art. 21. *O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.*

¹⁸⁷ RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-54.

manifestam determinada vontade, e é por isso que essa manifestação volitiva acaba por ser imputada ao próprio Estado. São todas essas pessoas físicas que constituem os agentes públicos.

(...)

Sendo quantitativa e qualitativamente tão abrangente a categoria dos agentes públicos, há que se reconhecer a existência de grupamentos que guardem entre si algum fator de semelhança.

(...)

Outra categoria de agentes públicos é a dos agentes particulares colaboradores.

(...)

Clássico exemplo desses agentes são os jurados, as pessoas convocadas para serviços eleitorais, como os mesários e os integrantes de juntas apuradoras, e os comissários de menores voluntários. São também considerados agentes particulares colaboradores os titulares de ofícios de notas e de registro não oficializados (art. 236, CF) e os concessionários e permissionários de serviços públicos¹⁸⁸.

Enquanto os servidores públicos são remunerados pelos cofres públicos, aos quais se aplica um estatuto comum, os notários e os registradores são pagos pelas pessoas naturais ou pelas pessoas coletivas que deles se utilizam.

Cabe notar que o regime jurídico dos notários e dos registradores também se difere daquele aplicado às concessionárias e às permissionárias. Estes exercem serviços que devem ser prestados pelo Estado, mas podem ser transferidos aos particulares (pessoa física ou jurídica), com natureza contratual e dependência de prévio procedimento licitatório, ao passo que aqueles só podem ser delegados à pessoa física.

Não se deve confundir ainda a atividade delegada com a serventia, eis que as atividades notariais e registrais são criadas e extintas por lei e somente, após a criação, as atividades serão delegadas aos aprovados em concurso de provas e títulos. As serventias, portanto, não são criadas pelo ato de delegação, uma vez que antecedem a delegação e persistem à sua extinção.

¹⁸⁸ José dos Santos, Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 611-613.

A delegação é realização por meio de concurso público de ingresso ou de remoção, sendo que dois terços das vagas são providas por concurso de ingresso e um terço por concurso de remoção. Esse concurso deve ser realizado no prazo de seis meses após a vacância da serventia.

À luz dos arts. 35 e 39 da Lei 8.935/1994, após o provimento, os notários e os registradores só podem perder a delegação nas seguintes hipóteses: a) sentença judicial transitada em julgado; b) decisão decorrente de processo administrativo, assegurada a ampla defesa; c) morte ou invalidez; d) renúncia e e) aposentadoria facultativa. Entende-se, nos termos em que foi decidido pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁸⁹, que essas hipóteses são meramente exemplificativas e, portanto, permite-se a aplicação de penalidade de perda de delegação.

3 SUCESSÃO TRABALHISTA NO ÂMBITO NOTARIAL E REGISTRAL

Conhecidas as linhas gerais a respeito do regime jurídico dos notários e dos registradores, passa-se à análise do instituto da sucessão de empregadores, conhecida também por sucessão trabalhista e alteração subjetiva do contrato, normatizado nos arts. 10 e 448 da CLT.

O art. 10 da CLT dispõe que *qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados*. Complementado pelo o art. 448 também da CLT, o qual prescreve que *a mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados*.

Sobre o assunto, Mauricio Godinho Delgado esclarece que sucessão de empregadores:

Consiste no instituto justralhista em virtude do qual se opera no contexto da transferência de titularidade de empresa ou estabelecimento, uma completa transmissão de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos.

Conhece-se a figura também por outros epítetos, como sucessão trabalhista e alteração subjetiva do contrato.

A referência à ideia de sucessão efetuada pelas duas primeiras denominações justifica-se: de fato, ocorre nessa figura do Direito do Trabalho a assunção de créditos e débitos pelo novo titular em face do

189 CNJ, PCA 20081000005970, Rel. Cons. João Oreste Dalazen, 74ª Sessão, j. 18/11/2008, DJU 05/12/2008)

antigo, em contexto de alienação ou cessão da empresa ou estabelecimento entre tais titulares.

A referência à alteração contratual subjetiva também se justifica. É que, em virtude da pessoalidade atávica à figura do empregado e da impessoalidade inerente à figura do empregador, apenas este é que pode se fazer substituir ou alterar ao longo da relação de emprego, sem que tal modificação provoque o rompimento ou a descaracterização da relação empregatícia. Logo, se há alteração subjetiva do contrato, essa somente pode se referir à mudança da pessoa do empregador¹⁹⁰.

Ocorre que, para configuração da sucessão trabalhista, deve se observar a ocorrência dos seguintes requisitos: a) transferência de Unidade Econômica-jurídica e b) continuidade na mesma área do negócio.

Considerando que, com a realização de concursos para ingresso na atividade notarial e registral, nos termos do art. 236 da CF, tem ocorrido inúmeras reclamações trabalhistas movidas por escreventes prepostos não aproveitados pelos novos delegatários, passa-se, assim, a verificar se há possibilidade de sucessão trabalhista nas hipóteses de delegação de atividade notarial e registral, para se verificar quem responde pelas verbas salariais e seus reflexos no curso da prestação de serviços.

3.1 AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA

As serventias, no passado, respondiam pelos danos e pelas obrigações gerados por seus titulares, uma vez que eram consideradas na prática como bens imóveis, inclusive passíveis de herança e adquiridos por doação ou por venda.

Com o passar do tempo, as serventias deixaram de ser consideradas bens, perdendo seu conteúdo econômico e ficando fora do comércio, já que serviços notariais e registrais deixaram de pertencer ao patrimônio dos delegados, que passaram a exercer cargos públicos, a título vitalício.

Após, os serviços delegados passaram a ser delegados por meio de concurso público a pessoas físicas para serem exercidos em caráter privado.

Em razão disso, o entendimento predominante da doutrina e da jurisprudência é no sentido de que as serventias não possuem personalidade jurídica. Constituem, na realidade, unidades de serviços notariais e registrais, que, por meio

190 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 408.

de concurso público, são delegadas a determinada pessoa a fim de desempenhar atividades funcionais.

Diante disso, o titular da serventia deve responder pessoalmente pelos atos praticados no ofício notarial ou registral, acarretando a ilegitimidade passiva das serventias extrajudiciais para figurar no polo passivo, uma vez que estas não detêm personalidade jurídica.

Em decorrência desses fatos, Paulo Roberto de Carvalho Rêgo prescreve que:

Por isso hoje o "cartório" ou seu "titular" não são uma entidade. Não detêm personalidade jurídica e autônoma e, por isso, não pode ocorrer sucessão comercial e direta, onde o atual Oficial a exercer a função pública delegada assumiria todo o passivo da serventia e responderia civilmente por atos ilícitos ou funcionais, eventualmente praticados desde sua instalação, todo com o fito de convocar o então serventuários para eventuais relações processuais, seja no polo ativo, seja no passivo.

O cartório e a função exercida pelo seus Oficial não possuem personalidade jurídica. Entretanto, com equivocado enfoque, sobre o titular da função de Notário ou Registrador, frequentemente esse se vê acionado por atos ou omissões do serventuário anterior, como se o mero exercício da função ostentasse situação de pessoa jurídica, à imagem de uma empresa comercial, ente dotado de personalidade e patrimônio próprios, destacados, quando, em realidade, os bens em uso nos serviços extrajudiciais e seus componentes pertencem, com exclusividade, a cada um dos seus momentâneos Oficiais delegados, cada qual com seus patrimônio privado (...).

O cartório e a função titulada não são pessoas físicas ou jurídicas; não são entes jurídicos no ordenamento brasileiro, não podendo e nem devendo figurar no polo ativo ou passivo processual. Em realidade não têm personalidade própria e nem são entes patrimoniais, capazes de contrair direitos e obrigações. Entes jurídicos somente aqueles prestos em lei, e os arts. 16 e 18 do Código Civil assim não os classifica. Em suma, é mera evocação designativa de um serviço público prestado por particulares, profissionais do direito, e, como tal, insuscetível de figurar

*ad causam ou ad processum, em qualquer relação de direito, ativa ou passivamente*¹⁹¹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é firme no sentido de que os cartórios e as serventias não detêm personalidade jurídica. Cabe, contudo, ressaltar que há decisões diversas quanto à possibilidade de as serventias comporem o polo ativo de ação judicial. Enquanto alguns julgados não admitem a legitimidade passiva das serventias outros, apesar de reconhecerem a ausência de personalidade jurídica, reconhecem a qualidade de parte no sentido processual, assim como ocorre com espólio e a massa falida, reconhecendo, assim, sua capacidade para estar em juízo.

Verifica-se abaixo a referida divergência:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.772.466 – RS (2018/0263668-4) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL RECORRIDO : CICERO PEREIRA BAPTISTA RECORRIDO : TABELIONATO SERVICO NOTARIAL ADVOGADO : EDIO CONCEICAO DE OLIVEIRA CARNEIRO – RS022598 DECISÃO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CÓDIGO FUX. EXECUÇÃO FISCAL. CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão proferido pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, assim ementado: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TABELIONATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. HONORÁRIOS RECURSAIS. 1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que os serviços de registros públicos, cartorários e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Logo, o tabelionato não possui legitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal. 2. Ainda que possuam CNPJ, os Tabelionatos não carregam a personalidade jurídica própria que os habilite a figurar no polo ativo ou passivo de ações judiciais, de modo que eventuais responsabilidades advindas da atividade não são a eles imputáveis, mas sim aos seus titulares, os Tabeliães, que devem responder pelas obrigações tributárias. 3. Vencida na fase recursal, a

¹⁹¹ RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. *Registro Público e Notas: Natureza Jurídica do Vínculo Laboral de Preposto e Responsabilidade de Notários e Registradores*. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004, p. 101-102.

parte apelante deve arcar com o pagamento dos honorários recursais, conforme § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil (fls. 99). 2. Os Embargos de Declaração opostos (fls. 108/116), foram rejeitados (fls. 124/129). 3. Em seu Apelo Nobre, fundado na alínea a do art. 105, III da CF/1988, a Fazenda Nacional aponta ofensa aos arts. 1.022, II do Código Fux, 4º., V, da Lei 6.830/1980, 126, III do CTN, 22 da Lei 8.935/1994 e 38 da Lei 9.492/1997. Aduz, em resumo, que onde está inserido o nome do cartório e o número do CNPJ, deve-se ler o nome da pessoa física titular (e o seu CPF), posto que é a pessoa física quem, de fato, pratica os fatores geradores, acompanha a formação e paga eventual tributo, e responderá em caso de inadimplemento. Aliás, ainda que o referencial incluído no polo passivo da obrigação seja o CNPJ do cartório, quem acompanha a obrigação (e o processo de execução fiscal), desde o seu início, e é notificado de todos os atos, por ser o verdadeiro contribuinte, é o registrador (fls. 144). Pugna pela reforma do julgado. 4. Sem contrarrazões, o recurso foi admitido na origem (fls. 159). 5. É o relatório. 6. De início, cumpre destacar que a alegada violação do art. 1.022 do Código Fux não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites propostos e com a devida fundamentação. As questões postas a debate foram decididas com clareza, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 7. Conforme o entendimento do STJ, os serviços de registros públicos, cartorários e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Assim, o tabelionato não possui legitimidade para figurar como polo passivo da presente demanda. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ATOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA SERVENTIA. RESPONSABILIDADE DO DELEGATÁRIO À ÉPOCA DOS FATOS. 1- A atual jurisprudência desta Corte orienta que o tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior (AgRg no Resp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Dje 11/11/2010). 2- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3- Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp. 460.534/ES, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Dje 28.4.2014). ² ² ² RECURSO ESPECIAL – CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL –

TABELIONATO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 22 DA LEI 8.935/94 – LEI DOS CARTÓRIOS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIONATO – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – AUSÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. O art. 22 da Lei 8.935/94 não prevê que os tabelionatos, comumente denominados Cartórios, responderão por eventuais danos que os titulares e seus prepostos causarem a terceiros. 2. O cartório extrajudicial não detém personalidade jurídica e, portanto, deverá ser representado em juízo pelo respectivo titular. 3. A possibilidade do próprio tabelionato ser demandado em juízo, implica admitir que, em caso de sucessão, o titular sucessor deveria responder pelos danos que o titular sucedido ou seus prepostos causarem a terceiros, nos termos do art. 22 do Lei dos Cartórios, o que contrasta com o entendimento de que apenas o titular do cartório à época do dano responde pela falha no serviço notarial. 4. Recurso especial improvido (Resp. 911.151/DF, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, Dje 6.8.2010). 8. Dessa forma, está o acórdão recorrido em consonância com a orientação desta Corte, incidindo à espécie a Súmula 83/STJ. 9. Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial da FAZENDA NACIONAL. 10. Publique-se. Intimações necessárias. Brasília (DF), 25 de outubro de 2018. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (STJ – Resp: 1772466 RS 2018/0263668-4, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Publicação: DJ 08/11/2018).

PROCESSUAL CIVIL. CARTÓRIO DE NOTAS. PESSOA FORMAL. CAPACIDADE PROCESSUAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ERRO MATERIAL. CORREÇÃO DE OFÍCIO. PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Tendo a Corte Regional fundamentado sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da lide, não haveria por que reexaminar a matéria sob perspectiva diversa ditada pela embargante. Violação do art. 535 do CPC não-caracterizada.

2. Entre as atribuições do magistrado, inclui-se a prerrogativa de, a todo tempo, zelar pela higidez da relação processual, determinando as providências corretivas que julgar adequadas para que o processo ultime-se de modo eficaz e efetivo. Hipótese em que o apego excessivo à formalidade da norma adjetiva contraria os princípios que informam a razoabilidade, a efetividade e a economia processual.

3. O Cartório de Notas, conquanto não detentor de personalidade jurídica, ostenta a qualidade de parte no sentido processual, ad instar do que ocorre com o espólio, a massa falida etc., de modo que tem capacidade para estar em juízo.

4. Recurso especial não-provido. (Resp 774.911/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2005, DJ 20/02/2006, p. 313).

Verifica-se, dessa forma, que, apesar de haver decisão diversas quanto à possibilidade de as serventias integrarem ou não o polo passivo da demanda, o STJ é firme no sentido de que elas não possuem personalidade jurídica.

3.2 AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA SUCESSÃO TRABALHISTA

Para analisar, portanto, a possibilidade de sucessão trabalhista pelo titular da serventia, é necessário verificar o cumprimento dos requisitos para aplicação da regra sucessória.

Observa-se que, no direito do trabalho, o conceito de sucessão ultrapassa os limites estabelecidos do Direito Civil e do Direito Empresarial.

À luz dos artigos 10 e 448 da CLT, é considerada como sucessão de empregadores a mudança de propriedade ou a alteração na estrutura jurídica da empresa.

A sucessão trabalhista, nos termos da legislação, seria uma transferência de empresa e/ou estabelecimento, juntamente com seus créditos e seus débitos.

Como visto em tópico anterior, para sua configuração, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) mudança na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa, como ocorre na compra e venda, sucessão hereditária, arrendamento, incorporação, fusão, cisão, dentre outros e b) continuidade no ramo do negócio.

Na hipótese em que novo delegatário assume a serventia por meio de concurso público, não há, todavia, concretizada a sucessão de empregadores, uma vez que a alteração na titularidade do cartório não se deu em virtude de negócio mercantil, como, por exemplo, em um contrato de compra e venda.

Ocorre, nos termos do art. 236 da Constituição Federal, uma delegação do Poder Público para um particular, não havendo qualquer negócio jurídico entre o anterior e o novo titular da delegação, não há cláusulas contratuais, eis que a delegação, como já visto, só pode recair sobre pessoas naturais e não sobre empresa

ou pessoa mercantil. Há, no caso, relações distintas entre essas pessoas físicas e o Poder Público.

O particular, desse modo, ao ser nomeação em razão de concurso público para ser titular de serventia notarial ou registral, será responsável pelos atos praticados, sem que adquira créditos e débitos do antigo delegatário. Isso acontece especialmente porque o acervo é composto por cadernos de registro que pertencem ao Estado, ficando apenas sob responsabilidade do titular do cartório.

Incabível, dessa forma, falar em sucessão trabalhista, quando não ocorreu a celebração de negócio mercantil entre o antigo e o novo delegatário.

Há que se verificar, outrossim, que a delegação é pessoal e intransferível, isto é, o responsável pelas obrigações é o titular da época dos fatos.

Nesse sentido, foi definida a responsabilidade dos notários e dos oficiais de registro pelo art. 22 da Lei 8.935/94, conforme texto a seguir:

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

Em razão disso, inclusive as obrigações tributárias são de responsabilidade pessoal do delegatário, conforme previsto no art. 30 da Lei 8.935/94:

Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro:

(...)

XI – fiscalizar o recolhimento dos impostos incidentes sobre os atos que devem praticar;

Nesse sentido também é a previsão do Código Tributário Nacional:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

(...)

VI – os tabeliães, escrevães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

Essa responsabilidade pessoal e intransferível do titular da serventia já foi consignada pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, conforme se observa a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OFICIAL DE REGISTROS PÚBLICOS. CERTIDÃO DE DOMÍNIO DE IMÓVEL EM DUPLICIDADE. FRUSTRAÇÃO DE NEGÓCIO DE COMPRA E VENDA. RESPONSABILIDADE PESSOAL. PRESCRIÇÃO. DIVERGÊNCIA. COTEJO ANALÍTICO. COISA JULGADA. FUNDAMENTAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

1. Não há omissão no acórdão recorrido se o Tribunal 'a quo' examina suficientemente as questões que lhe foram propostas, apenas que em sentido contrário ao interesse subjetivo do recorrente. A contradição, outrossim, que autoriza a oposição de embargos de declaração é a interna, ou seja, aquela que se verifica entre a fundamentação e a conclusão do julgado, e não a simples adoção de fundamentos que desagradam a parte.

2. É pessoal a responsabilidade do oficial de registros públicos por seus atos e omissões, cabendo-lhe indenizar o prejudicado pelos danos causados. Precedentes. A conclusão pela culpa do titular do cartório de registro de imóveis ao emitir certidão de propriedade de imóvel em nome de terceira pessoa, que não o legítimo proprietário, o que ensejou posterior declaração de nulidade do negócio de compra e venda em decorrência de procedência de pedido reivindicatório proposta por este, é imune ao crivo do recurso especial, como ensina o verbete n. 7, da Súmula.

3. A ausência de particularização do dispositivo legal tido por violado, bem como de demonstração analítica da divergência, atrai o enunciado n. 284, da Súmula do STF.

4. A apontada violação à coisa julgada, ao argumento de que na lide anterior (reivindicatória) o recorrente teria sido declarado passivamente ilegítimo, foi rechaçada pelo acórdão recorrido ao fundamento de que esta somente atinge as partes do processo, nos termos do artigo 472, do CPC, não sendo impugnado o referido fundamento. Incide, pois, o verbete n. 283, da Súmula do STF.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Resp 804.759/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2012, Dje 11/12/2012)

RECURSO ESPECIAL – CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – TABELIONATO – INTERPRETAÇÃO DO ART. 22 DA LEI N. 8.935/94 – LEI DOS CARTÓRIOS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO TABELIONATO –

LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM- AUSÊNCIA – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. O art. 22 da Lei n. 8.935/94 não prevê que os tabelionatos, comumente denominados “Cartórios”, responderão por eventuais danos que os titulares e seus prepostos causarem a terceiros.

2. O cartório extrajudicial não detém personalidade jurídica e, portanto, deverá ser representado em juízo pelo respectivo titular.

3. A possibilidade do próprio tabelionato ser demandado em juízo, implica admitir que, em caso de sucessão, o titular sucessor deveria responder pelos danos que o titular sucedido ou seus prepostos causarem a terceiros, nos termos do art. 22 do Lei dos Cartórios, o que contrasta com o entendimento de que apenas o titular do cartório à época do dano responde pela falha no serviço notarial.

4. Recurso especial improvido’.

(Resp 911.151/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2010, Dje 06/08/2010)

‘AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TABELIONATO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CARTÓRIO À ÉPOCA DOS FATOS.

1. O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Resp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, Dje 11/11/2010).

Constatada a responsabilidade pessoal e intransferível pelas obrigações trabalhistas, verifica-se que é dever do titular da serventia à época dos fatos promover o pagamento de todas as verbas rescisórias dos trabalhadores.

Não há que se falar, assim, em sucessão empresarial trabalhista no âmbito da atividade notarial e registral, eis que, nos termos já mencionados no início deste trabalho, a atividade do reclamado não é privada, apesar de exercida de forma privativa, pois o delegatário exerce uma função pública.

Ilustrando essa diferenciação, registra-se a seguir parte do voto exarado pelo Desembargador Relator Paulo Sergio Pimenta do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região no acórdão do RO 0010700-06.2014.5.18.0006:

(...)

No regime privado, em atuação do livre mercado, a rigor, não há intervenção do Poder Público, exceto aquelas intervenções autorizadas pela Constituição (tributárias, por exemplo).

Na prestação dos serviços públicos, pode haver atuação de modo privativo mediante concessão ou permissão. Nestas modalidades, nada obsta que o permissionário ou concessionário constitua empresas privadas, que atuam em área do mercado em regime de monopólio ou, de forma plural.

A atuação do reclamado, por outro lado, era por delegação de função pública, para a qual assumia responsabilidades pessoais, exclusivas e intransferíveis na consecução de suas tarefas. Não se trata de serviço público que exija constituição de empresa.

E na gestão administrativa de suas funções públicas, o reclamado contratava quem quisesse, estipulava a remuneração a ser aplicada, definia o número de trabalhadores que almejava, instituía regras que agregassem benefícios que aderiam aos respectivos contratos de trabalho etc.

Tudo isto, repito, sob sua exclusiva, pessoal e intransferível responsabilidade, como comanda a lei vigente.

Como imaginar que, findas as suas atividades, pudesse se atribuir ao novo notário, concursado, as obrigações de assumir um quadro de

peçoal de trabalhadores: a) que não contratou; b) com o qual não estabeleceu o elemento essencial da fidúcia; c) que não estipulou o valor das remunerações; d) que não estipulou a carga horária; e) que não definiu o número de pessoas que integrariam o quadro de peçoal; f) que não estabeleceu vantagens ou deveres contratuais?

Não atuando no mercado privado, o reclamado nada conquistou nesse mercado que já não fosse um nicho do próprio segmento de ações públicas.

Sendo assim, o reclamado não transmitiu nenhum acervo que correspondesse à sua atuação no mercado privado, como uma carteira de clientes, por exemplo, ou mesmo um fundo de comércio.

Também não adquiriu e tombou nenhum bem (móvel ou imóvel) que tenha passado a integrar o patrimônio público ou o patrimônio privado da notaria concursada que o substituiu.

Ao contrário, segundo declaração do próprio réu a este juízo, feita em audiência (ainda que não tenha havido registro em ata, formalizo agora a informação, observando o princípio da oralidade- destacando que, querendo, tal informação poderá ser refutada em sede de recurso), até mesmo a sede onde ainda funciona o tabelionato e todos os móveis que o guarnecem foram, por ele, colocados para alugar. E a renda dessa locação beneficiará a quem? Ora, ao próprio reclamado e não ao ente despersonalizado.

Em suma – e esta alusão fática apenas confirma o que é possível concluir sem dificuldade, toda a riqueza amealhada no desenvolvimento das atividades de notas, passaram a integrar o patrimônio pessoal do ex-notário, continuam na sua posse (mesmo que indireta, em alguns casos), não havendo transmissão patrimonial de nenhuma sorte ao notário que assumiu as funções públicas que, até então, eram desempenhadas pelo reclamado.

A simples transmissão de uma atividade, diante desse contexto, não caracteriza a sucessão trabalhista.

Para que reste configura esse instituto trabalhista, é necessário que a atividade transmitida tenha se iniciado e se desenvolvido no campo privado e não no âmbito público, que envolva transmissão de patrimônio e seja decorrente de livre manifestação da vontade do vendedor e do comprador.

Na hipótese de delegação de serventia notarial ou registral, a atividade se desenvolve em âmbito público. Não ocorre a transmissão de patrimônio, que permanece na propriedade do Estado, e não há livre manifestação de vontade, uma vez que a assunção dessa função pública ocorre por meio de concurso público (art. 236 da Constituição Federal).

Segue-se, dessa forma, com a transcrição do esclarecedor voto do voto exarado pelo Desembargador Relator Paulo Sergio Pimenta:

Ora, por que, estando prevista na Constituição de 1988 a ocupação de cargos, empregos e funções públicas mediante concurso aberto à sociedade, somente agora se deu a posse, de notários e oficiais de registros aprovados em certame público?

É fácil concluir que ao estarmos tratando deste tema nos atuais dias, passados mais de 26 anos da implantação de uma nova Constituição da República, tal cenário decorre justamente da resistência na transmissão dessas delegações. Então, pelo quesito da vontade dos titulares ou interinos não concursados, é corolário supor que não haveria nenhuma transmissão.

Então, como comparar isto a uma sucessão trabalhista?

- Não há acervo patrimonial transferido;
- não há atividade privada desenvolvida;
- não há mercado explorado por iniciativa privada;
- não existe fundo de comércio e nada que a ele se assemelhe, mesmo que por analogia;
- as funções transmitidas são públicas (e não privadas);
- a transmissão não se dá por manifestação da livre vontade do notário antecessor, e sim por intermediação do Poder Público e por exigência, já antiga, da sociedade brasileira, que insculpiu este comando de realização de certame público para os cargos e funções públicas, quando escreveu a Constituição da República;
- por não haver o elemento essencial da vontade, não existe negócio jurídico celebrado entre as partes (notário anterior e notário atual).

Antes de se invocar a figura da sucessão trabalhista, seria mais natural cotejar o modelo de transmissão das atividades notariais e de oficiais de registro com as chamadas transmissões por injunção de ato público (ou espécies de aquisições originárias), como ocorre, por exemplo, com as vendas que acontecem em leilões e praças públicas.

É cediço que a aquisição, através da intermediação do Poder Público, não acarreta para o adquirente nenhum ônus oculto ou explícito sobre o bem adquirido. São as chamadas aquisições originárias ou primárias.

Tal se dá quando se adquire um apartamento, por exemplo, em hasta pública e sobre o qual pairam dívidas tributárias.

O art. 130, parágrafo único, do Código Tributário Nacional destaca que os sucessores de bens, adquiridos em hasta pública, não adquirem os tributos que, até então, recaíam sobre tal patrimônio.

'Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.'

Tal dispositivo tem aplicação, inclusive, na Justiça do Trabalho:

'ARREMATÇÃO. ÔNUS SOBRE O IMÓVEL ARREMATADO. 1. De acordo com o art. 130, parágrafo único do CTN, em caso de arrematação por hasta pública, considera-se sub-rogado no preço os créditos tributários de impostos que tenham como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, estendendo-se tal tratamento a taxas por prestação de serviços a tais bens e contribuições de melhoria. Portanto, está na arrecadação do preço ocorrida em hasta pública os possíveis valores destinados à satisfação dos créditos tributários, recebendo o arrematante o bem livre de tais ônus, devendo ainda ser respeitado o privilégio do crédito trabalhista. 2. A desoneração do arrematante acerca de tais dívidas tributárias sobre o bem havido não (TRT18, AP – 0018300-53.2006.5.18.0008, Rel. PAULO PIMENTA, 2ª TURMA, 18/04/2012)'

A Justiça do Trabalho também nunca agiu diferente na hora de interpretar as responsabilidades dos adquirentes de bens móveis e imóveis em hasta ou praça pública.

Veja que o conceito de sucessão não pode ser tomado apenas pela transmissão de acervo patrimonial ou continuidade das atividades anteriormente desenvolvidas pelo antigo proprietário. Fosse assim, seria forçoso reconhecer que um arrematante, em processo judicial trabalhista, de imóvel que, antes, servia como restaurante, ali estabelecendo outro restaurante, passaria a ser considerado sucessor trabalhista das dívidas do antigo proprietário – o que, sem dúvida, seria um absurdo.

E tanto seria absurdo, que este caminho nunca foi trilhado pela jurisprudência trabalhista. Destaco jurisprudência da SBDI-2/TST (EMENTA PARCIAL, grifos nossos):

(...)

V – SUCESSÃO TRABALHISTA – ALIENAÇÃO DO FUNDO DE COMÉRCIO E CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS LABORAIS – SUBSTITUIÇÃO AERONÁUTICA – VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI E DOLO PROCESSUAL NÃO CONFIGURADOS.

A sucessão trabalhista pressupõe dois requisitos: a transferência total ou parcial do fundo de comércio ao sucessor e a continuidade da prestação de serviços dos antigos empregados à nova empresa. No caso, nenhum dos requisitos citados está presente. Não houve, tecnicamente, transferência de fundo de comércio porque a aquisição do direito de explorar as rotas não se deu por força de negócio jurídico de cessão entabulado entre a UNITED e a PAN AM, mas decorreu de arrematação feita em expropriação de bens da massa falida no Poder Judiciário americano. Se sucessão houver em tal caso, então esta também ocorrerá toda vez que uma empresa quebrar e seus imóveis forem pracedos e adquiridos por uma terceira pessoa jurídica, o que configura absurdo. Lembro, ainda, em reforço de tal argumento, que o direito civil distingue entre a aquisição de direitos em hasta pública, que é primária, livre de qualquer ônus, e a cessão ou alienação feita entre particulares, forma secundária de adquiri-los. Igualmente, em momento algum os Reclamantes prestaram serviços à empresa apontada como sucessora. Tal circunstância não é objeto de controvérsia nos autos da Rescisória, pois os próprios autores explicam

que requereram a declaração da condição de sucessora da UNITED tão-somente porque não conseguiram encontrar bens penhoráveis da PAN AM, sem afirmar que tenham laborado, por um só dia, para a empresa aérea Recorrente.

Outrossim, não há falar na substituição do Código Brasileiro do Ar, pois esta, à semelhança da sucessão, pressupõe negócio jurídico entabulado entre as partes. No caso, não houve substituição avençada, mas sim concessão de serviço público por ato administrativo normativo do governo brasileiro- decreto -, como bem apreendido pelo acórdão rescindendo.

Para que o dolo seja considerado causa de rescisão, deve ser suficiente para, sozinho, lastrear decisão em sentido distinto da tomada pelo magistrado. No caso, porém, a sucessão não seria reconhecida mesmo que se soubesse da arrematação realizada em hasta pública na Justiça Americana do direito de explorar as rotas.

(...)

Recurso Ordinário conhecido e provido para julgar improcedente a Ação Rescisória.’ (TST-ROAR-667.949/2000.3, rel. Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, órgão julgador: Subseção II Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-2/TST), data do julgamento: 10.02.2014).

A transferência, portanto, da titularidade da serventia notarial ou registral, em razão de concurso público (art. 236 da Constituição da República), assemelha-se mais às características de arrematação em hasta ou praça pública do que ao instituto da sucessão comercial, notadamente em virtude de o primeiro não ser negócio jurídico entre o sucessor e o sucedido, mas uma transmissão de direitos e funções por atuação do Poder Público.

Não cabe, dessa maneira, equiparar o titular da serventia à figura do empresário, uma vez que não é possível aplicar os dispositivos da CLT que regulamentam o instituto da sucessão trabalhista (arts. 10 e 448), tendo em vista que não há empresa constituída nem alteração da estrutura empresarial nem sequer transmissão de fundo de comércio ou de outra propriedade empresarial.

3.3 INDEPENDÊNCIA DOS DELEGATÁRIOS

Além de não ser possível a aplicação do instituto da sucessão trabalhista na hipótese de delegação de serventias a novos titulares, em razão de não aplicação dos dispositivos legais que disciplinam a questão, eventual

responsabilização de novo titular por obrigações trabalhistas do antigo delegatário acabaria com a independência dos notários e dos registradores, garantida expressamente, como visto acima, na Lei 8.935/1994.

Tal prática impediria o novo titular de formar uma equipe de sua confiança, com salários adequado à situação da serventia delegada, retirando, assim, a liberdade concedida pela legislação para administração do pessoal que prestará os serviços delegados, conforme visto no art. 20 da Lei 8.935/94.

Isso se dá pelo fato da característica de ser *intuito personae* do contrato de trabalho ficar ainda mais evidente na hipótese da atividade notarial, eis que os delegatários dotam seus prepostos de parte da fé pública que recebem do Estado, o que exige total fidúcia por parte da equipe que irá formar, devendo admitir pessoas de total confiança.

A intenção de aplicação da sucessão trabalhista aos novos titulares de serventias, além de padecer de amparo legal, desconhece a realidade dos *cartórios* que se consagrou no país. A tradição brasileira é de que a maioria dos prepostos é parente do delegatário, fato que leva ao entendimento leigo de que *cartórios* se passam de pais para filhos. Considerando que há serventias, recebidas por concurso público, na titularidade do mesmo familiar há décadas e que seus integrantes recebem valor muito elevados, superiores ao praticado no mercado de trabalho, o novo titular teria que assumir um débito astronômico, inviabilizando a prestação dos serviços e contrariando o interesse do Estado na prestação de um serviço eficiente.

Essa tentativa de responsabilização dos novos titulares de serventias pelos antigos empregados vem gerando uma enorme insegurança, acarretando o risco de perpetuação do antigo regime de transmissão de cartórios de pais para filho, pelo fato, como visto, do antigo titular empregar conhecidos com salários exorbitantes, tornando inviável o exercício da delegação pelo novo titular.

Segundo Luiz Guilherme Loureiro:

(...) tal corrente jurisprudencial implica ofensa ao princípio republicano que repele a personalização da função pública e que se eternize o seu serviço. Ao ser obrigado a manter com preposto do antigo titular, notadamente com os parentes destes, ou então arcar com as obrigações trabalhistas de quem não lhe prestou serviços (tese da sucessão), o novo delegatário praticamente fica à mercê do antigo

*titular e de seus parentes, o que equivale à perenização do serviço público em favor de particulares e em detrimento do Estado*¹⁹².

A sucessão trabalhista, portanto, não se sustenta na delegação de serventias em razão de incompatibilidade técnica de não aplicação dos dispositivos legais e de incompatibilidade prática, eis que tal regime inviabilizaria a manutenção pelos novos titulares.

3.4 ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência brasileira, compreendendo melhor o sistema constitucional e legal da atividade notarial e registral, vem firmando entendimento no sentido de que o marco inicial para responsabilização do novo titular da delegação, que recebeu a outorga por meio de concurso público, é a sua investidura.

Conforme registrado por Luiz Guilherme Loureiro:

O TJSP, por exemplo, já firmou o entendimento de que o marco inicial para a responsabilidade do novo titular da delegação, que obteve o direito à outorga corresponde após a provação em concurso público, é a de sua investidura (Apelação 454-040-4/3-00-Guarujá).

*Também a Justiça Federal tem acolhido exceção de pré-executividade para reconhecer a nulidade das inscrições em dívida ativa em desfavor do cartório, para determinar sua exclusão do polo passivo da execução fiscal e o prosseguimento desta apenas em face dos delegatários que deixara de cumprir, a tempo e modo, obrigações relativas a contribuições previdenciárias e tributárias*¹⁹³.

Na Justiça do Trabalho, vigora o entendimento que se aplica o instituto da sucessão trabalhista se houver a transferência da unidade econômica-jurídica que integra a serventia e continuidade na prestação de serviços. Nesses casos, o novo titular seria responsável créditos trabalhista referentes a contratos trabalhista vigentes e até mesmo pelos decorrentes de contratos já extintos.

Observe-se os julgados do Tribunal Superior do Trabalho nesse sentido:

MUDANÇA DA TITULARIDADE DE CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – RESPONSABILIDADE SUCESSÃO TRABALHISTA. 1. A sucessão de

¹⁹² LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registro público: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 11-12.

¹⁹³ LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registro público: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014, p. 12.

empresas, nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, não afeta os contratos de trabalho nem os direitos adquiridos dos empregados. Isso implica dizer que o sucessor responde, inclusive, pelos contratos de trabalho já extintos no momento da sucessão, ou seja, por débitos exigidos por reclamante que nunca lhe prestou serviços. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, no caso de mudança da titularidade dos cartórios extrajudiciais, havendo a transferência da unidade econômica-jurídica que integra o estabelecimento, além da continuidade na prestação dos serviços do cartório, resta caracteriza a sucessão trabalhista nos mesmos moldes da sucessão de empresas, de sorte que o tabelião sucessor é o responsável pelos débitos trabalhistas contraídos pelo sucedido. Recurso de Revista não Conhecido. (RR-873/2005-301-01-00-0. Rel. Min. Ives Granda Martins Filhos, 7ª. Turma)

SUCESSÃO TRABALHISTA – MUDANÇA DE TITULARIDADE DE CARTÓRIO DE REGISTROS. O entendimento do Tribunal Regional no sentido de que, a teor dos arts. 10 e 448 da CLT, o tabelião sucessor é responsável pelos créditos trabalhistas relativos tanto aos contratos laborais vigentes quando aos já extintos, não afronta o disposto no art. 236 da Constituição Federal, uma vez que mencionado dispositivo constitucional versa sobre o caráter privado dos serviços notariais e de registro, deixando claro que o titular do cartório equipara-se ao empregador comum. (AIRR 2.457/2005-042-02-40-7, Rel. Mis. Vieira de Mello Filho, 1ª Turma)

SUCESSÃO TRABALHISTA – MUDANÇA DE TITULARIDADE DE CARTÓRIO E REGISTRO. I- A sucessão trabalhista opera-se sempre que a pessoa do empregador é substituída exploração do negócio, com transferência de bens e sem ruptura na continuidade da atividade empresarial. Nessa hipótese, o sucessor é responsável pelos direitos trabalhistas oriundos das relações laborais vigentes à época do repasse, bem como pelos débitos de igual natureza decorrentes de contratos já rescindidos. Com efeito, a mudança na propriedade do estabelecimento não afeta os direitos dos respectivos trabalhadores, à luz dos artigos 10 e 448 da CLT. II- Como é cediço, o cartório extrajudicial não possui personalidade jurídica própria, seu titular é o responsável pela contratação, remuneração e direção da prestação dos serviços, equiparando-se ao empregador comum, sobretudo porque auferir renda proveniente da exploração das atividades cartorárias. Assim, a alteração da titularidade do serviço notarial, com a correspondente transferência da unidade econômico-jurídica que integra o estabelecimento, além da continuidade na prestação dos

serviços, caracteriza a sucessão de empregadores. Destarte, a teor dos artigos 10 e 448 da CLT, o Tabelião sucessor é responsável pelos créditos trabalhistas relativos tanto aos contratos laborais vigentes quanto aos já extintos. III- Recurso a que se nega provimento (TST-RR-504/2005-244-01-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, 4ª Turma).

Esse entendimento, com o devido respeito, demonstra uma incompreensão da realidade fática bem como da sistemática jurídica.

Como visto anteriormente, parentes são colocados como prepostos com valores insustentáveis em comparação com o mercado de trabalho.

Tal compreensão pode, inclusive, levar a fraudes, na hipótese, por exemplo, de um titular que assume interinamente e queira evitar que a serventia seja escolhida por um aprovado em concurso público ou talvez garantir ganhos exorbitantes a familiares em detrimento do bem público. Ademais, essa orientação do TST serve de estímulo para que titulares que estejam prestes a perder a serventia deixem de pagar as verbas rescisórias, uma vez que será responsabilidade do sucessor ainda que o empregado não lhe tenha prestado os serviços.

Outrossim, como retratado em tópico anterior, não se pode confundir delegação de serventia com a sucessão de empresas, por serem institutos distintos, não recebem a mesma denominação nem o mesmo tratamento legal.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de justiça, em recentes julgados, vem reconhecendo eventual responsabilidade do Estado e ausência de responsabilidade do novo titular da serventia, conforme no voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino proferido no ano de 2019:

Não há sucessão empresarial em relação aos atos praticados pelo antigo titular da serventia extrajudicial, podendo ser eventualmente responsabilizada a pessoa jurídica responsável pela delegação (Estado).

Analisando a questão na perspectiva da sucessão trabalhista, Gustavo Friedrich Trierweiler assinala a impossibilidade de o instituto da sucessão empresarial ser aplicado nas serventias notariais e registrais (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.) – Novo Direito Imobiliário e registral – São Paulo: Quartier Latin, 2008. Cap. 17. Pp. 344-357), verbis:

A atividade notarial e registral é regida por legislação específica, havendo efetiva fiscalização da atuação, a qual é incumbida ao Poder Judiciário.

Isto porque o particular delegado cumpre função estatal, ou seja, é um longa manus do Estado responsável pelo serviço público.

Nesse sentido, dispõe inclusive o Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, na resolução 157/95, que:

'Art. 1º - É dever funcional do notário e oficial do registro transmitir todo o complexo que componha a serventia ao seu sucessor, como livros, papéis, registros, programas e dados de informática instalados, de modo a garantir seja mantida a continuidade do serviço.'

Da disposição normativa acima reproduzida, fica claro que o acervo da serventia (ex. livros, fichas e papéis) pertence ao respectivo Estado da Federação onde se localiza a serventia e, portanto, esta documentação deve permanecer no cartório, ou seja, não há valor destinado ao acervo.

Desta feita, o notário e o registrador atuam como verdadeiros "guardiões" dos instrumentos necessários ao desempenho da atividade, que são de propriedade exclusiva do Estado.

Assim, extinta a atividade do respectivo titular em determinada serventia, o acervo não pertencerá ao agente delegado, mas retornará ao Estado, permitindo sua entrega ao novo responsável pela serventia, tão logo designado.

Nessa linha de raciocínio, conclui-se que o titular da serventia é um agente público delegado e não dono da serventia, não podendo ser confundidas situações jurídicas tão distintas.

O "proprietário" da serventia e titular do serviço público será sempre o Estado.

E prossegue analisando os efeitos da alteração da titularidade na serventia, verbis:

No caso de remoção, assim como nos casos de extinção ou perda da delegação, a serventia será declarada vaga, enquanto outro titular devidamente aprovado em concurso público não a escolha.

Na hipótese de vacância, independentemente, do motivo, a serventia retorna à responsabilidade do Estado até que novo titular assuma, pois a serventia, repita-se, não é uma pessoa jurídica, mas uma atividade estatal exercita por particulares sob regime de delegação.

“Neste período intermediário, a responsabilidade pelos encargos de dissidência trabalhista é do Estado”, e não do designado provisoriamente, em que pese este assumir plenamente as tarefas de titular.

Por fim, conclui no sentido da impossibilidade de incidência do instituto da sucessão de empregados às novas serventias, verbis:

Constata-se que há tão-somente a alteração do agente delegado responsável pela função pública em determinada serventia.

Assim, na verdade, não há alteração de delegação, as quais permanecem como o respectivo titular até sua extinção ou perda.

Neste sentido, inclusive, não se pode afastar a natureza “originária” inerente à aquisição de uma delegação e, portanto, o impedimento na transmissão de responsabilidade de outrem.

A conclusão ora apresentada é importante porque se consubstancia em uma interpretação sistemática da legislação, mesclando particularidades do direito notarial e registral com o direito do trabalho para isentar os novos titulares de passivos trabalhistas que não deram causa.

Por consequência, eventuais débitos trabalhistas devem ser direcionados, exclusivamente, ao titular da delegação que contratou os empregados diretamente, através de sua pessoa física, jamais ao novo titular da serventia, mormente por haver disposição legal específica o protegendo e, sobretudo, por não acarretar qualquer prejuízo aos empregados.

Enfim, via de regra, dúvidas não restam de que o instituto trabalhista da sucessão de empregados é inaplicável nas serventias notariais e registrais; caso, excepcionalmente, fosse aceita, deveria a responsabilidade recair, então, exclusivamente sobre o Estado, por ser o titular do poder que é delegado e único “proprietário” do acervo e, principalmente, porque a responsabilização do novo titular da serventia pelos créditos trabalhista anteriormente existentes foge aos limites obrigacionais previamente definidos em lei e inerentes à delegação da atividade.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à sucessão na responsabilidade por atos ilícitos.

Com efeito, a delegação para o serviço notarial e de registro é feita de forma "originária", não herdando o novo titular eventuais passivos (trabalhista, fiscal ou cível).

Esta Corte Superior de Justiça já se manifestou, em diferentes oportunidades, no sentido de que os serviços notariais e de registro não possuem personalidade jurídica, considerando-se legitimado para responder pelos danos causados por ato seu ou dos seus prepostos, o titular da serventia à época dos fatos¹⁹⁴.

Entendeu, dessa forma, o STJ que somente o antigo titular da serventia é responsável pelos débitos oriundos da época em que era o delegatário e, na impossibilidade de responder pelos atos praticados, a responsabilidade será da pessoa jurídica responsável pela delegação, isto é, do Estado, e não do novo titular.

4 CONCLUSÃO

A realidade fática e histórica demonstra que por muitos anos as serventias notariais e registrais foram consideradas como patrimônio privados dos seus titulares, sendo inclusive objeto de transmissão sucessória.

A Constituição de 1988, contudo, proíbe tal prática e exige a realização de concurso público para o exercício da atividade pelo delegatário, que, apesar de exercê-la em caráter privado, continuará exercendo função pública de titularidade do Estado.

Em razão do aumento do número de concursos para exercício das atividades nas serventias e a nomeação de novas pessoas para essas delegações, verificou-se um crescimento no número de ações judiciais trabalhistas de empregados dos antigos titulares, que passaram a demandar os novos delegatários sob o fundamento de aplicação do instituto da sucessão trabalhista.

O ordenamento jurídico e a realidade que vigorava nas serventias não permitem, entretanto, que se apliquem as regras da sucessão trabalhista.

Primeiro porque não se pode falar em transmissão de ativos e de passivos, que continuam na titularidade do Estado, que promove uma intermediação da aquisição, que é originária, não acarretando nenhum ônus oculto ou explícito.

Segundo porque desvirtuaria toda a sistemática legislativa adotada para a titulação das serventias, já que o delegatário recebe a delegação para agir

194 (RE 1.340.805 – PE, Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, 3a. Turma, data do julgamento: 04/06/2019)

como um *longa manus* do Poder Público e, por isso, deve ter todas as condições para agir com independência e contratar pessoas de sua máxima confiança, sem precisar se preocupar com empregados dos antigos titulares, que eram na prática parentes com altos salários.

Diante dessa realidade, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, pronunciou seu entendimento, no sentido de que o novo titular da serventia não se responsabiliza por débitos anteriores a sua titulação e que, no caso de inadimplemento pelo antigos, eventual responsabilidade recairia sobre a pessoa jurídica, o Estado.

Em um Estado democrática não se pode, ainda que com intuito louváveis, desvirtuar a legislação estabelecida pelo poder constituinte legitimamente eleito para tal função. As verbas trabalhistas, sem dúvidas, devem ser devidamente pagas, mas não à custa de desvirtuamento do ordenamento jurídico e da realidade fática, eis que, como visto ao longo desse estudo, não é possível a aplicação da sucessão trabalhista às serventias notariais e registrais.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Ana Luíza de Oliveira Nazar de. A inexistência de sucessão trabalhista nos cartórios extrajudiciais – uma situação peculiar. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC –SP: 2007.

DE ALMEIDA, Victor Hugo. *A Sucessão Trabalhista nas Atividades Notariais e Registrárias*. São Paulo: Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social – Faculdade de Direito da USP, 2014.

DE VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Serviços Notariais e de Registro e Relação de Trabalho – A Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Revista LTr, 1995.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Cartórios Extrajudiciais: a atividade notarial e de registro no Estado de Direito*. Tribuna do Direito: 2003.

BENÍCIO, Hercules Alexandre da Costa. *Responsabilidade Civil do Estado Decorrente de Atos notariais e de Registro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BOLZANI, Henrique. *A responsabilidade dos notários e dos registradores*. São Paulo: LTR Editora, 2007.

BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*. São Paulo: Saraiva, 2009, 3 ed.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2008.

ERPEN, Décio Antônio. *A Atividade Notarial e Registral*. Uma Organização Social Pré-Jurídica. Rio Grande do Sul: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1995).

FINCATO, Denise Pires. *Relações Trabalhistas e Revogação de Delegações em Cartórios Extrajudiciais*. Ocorrência de "Factum Principis" e Responsabilidade do Estado. Porto Alegre: HS Editora, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JOSÉ DOS DANTOS, Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. 28. Ed. São Paulo: Atlas 2015.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registro público: teoria e prática*. 5. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

MATTOS, Rodrigo

Gerent. *Responsabilidade Civil dos Notários e Registradores Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2001.

OLIVEIRA, Elaine Berini da Costa Oliveira. *Regime Jurídico dos Escreventes e Auxiliares dos Cartórios Extrajudiciais, Notariais e de Registro*. São Paulo: Revista LTr, 2006.

RÊGO, Paulo Roberto de Carvalho. *Registro Público e Notas: Natureza Jurídica do Vínculo Laboral de Preposto e Responsabilidade de Notários e Registradores*. Porto Alegre: IRIB: S.A. Fabris, 2004.

RIBEIRO, Luís Paulo Aliende. *Regulação da função pública notarial e de registro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva; SIQUEIRA, Bruno Luiz Weiler. *Tabeliães e oficiais de registro: da evolução histórica à responsabilidade civil e criminal*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 2000.

SILVA, Helena Cordeiro. A sucessão trabalhista nas atividades notarial e registral. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1621, 9 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10708>>. Acesso em: 23 set. 2011.

TEIXEIRA, Aníbal Oacisto. *Sucessão Trabalhista nas Serventias*. Goiânia: Revista TRT18R, 2010.

VIANA JÚNIOR, Wellington Luiz. *Sucessão Trabalhista e a Delegação de Serviços Notariais e de Registro Públicos*. Belo Horizonte: Revista TRT3R, 2004.

ZENKNER, Anna Christina. *Atividade Notarial: Origem, Evolução, Regime Jurídico e Novas Funções*. (RE) Pensando Direito, 2015.

ZOCKUN, Maurício. *Carreira Notarial e Registral: Possibilidade, Conveniência ou Necessidade?* São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público do Órgão do IDAP, 2006.

UM NOVO CENÁRIO PARA O PROCESSO DO TRABALHO: POR UM RESGATE DA DOUTRINA DE COQUEIJO COSTA

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor. Segundo Vice-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2020/2022). Membro da Comissão Nacional de Prerrogativas da Anamatra (gestão 2019/2021). Coordenador Adjunto da Escola Judicial do TRT-6. Coordenador Adjunto da Revista de Direito Civil e Processual. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho.

ATO I: O PROTAGONISTA E A HISTÓRIA¹⁹⁵

"Com Coqueijo ninguém pode — ele planeja, realiza e comanda"

(Jorge Amado, **Bahia de Todos os Santos: guia das ruas e dos mistérios da cidade de Salvador**)

Por todo o Brasil, os atores envolvidos com o sistema de justiça trabalhista têm vivenciado um momento de profunda apreensão durante a pandemia da covid-19.

De acordo com estudos divulgados nos noticiários, as estimativas mais otimistas indicam que a retomada de atividades que provoquem aglomerações (como as audiências nos fóruns da Justiça do Trabalho) somente será possível com segurança a partir de agosto ou setembro e, mesmo assim, com a observância de uma série de restrições. As perspectivas pessimistas acenam para o reinício dessas atividades presenciais apenas em 2021.

Diante do atual cenário, a construção de soluções reclama doses generosas de criatividade e de técnica processual. E, para isso, nada melhor do que recorrer a um dos maiores processualistas brasileiros.

¹⁹⁵ Publicado originalmente em MOLINA, André A.; COLNAGO, Lorena de M. R.; MARANHÃO, Ney (coord.). (Org.). **Anais do 1º Ciclo de Palestras do Grupo Eletrônico Ágora Trabalhista: direito e processo do trabalho no ano de 2020**. São Paulo: ESA da OAB/SP, 2020.

Coqueijo Costa, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho entre 1971 e 1988, era uma figura singular. Foi jornalista, compositor, dramaturgo, cronista, músico, professor e autor de diversos livros de estudo obrigatório para quem seriamente deseje conhecer a alma da Justiça do Trabalho.

Poliglota, dominava como poucos as inovações estrangeiras no campo processual. Em seus livros e artigos, é frequente encontrar não apenas a apresentação do estado da arte da ciência processual (civil e trabalhista) em outros países, como também a análise crítica de suas virtudes, potencialidades e limitações e o cotejo com o instrumental existente no ordenamento nacional. Coqueijo não se limitava a ser espectador da ciência; permanecia em constante aprofundamento e refinamento da *sua* própria teoria processual, a partir de iniciativas e experiências observadas por todo o mundo. Também por sua independência intelectual, era um doutrinador inestimável. Não há reforma processual que torne anacrônico seu pensamento.

Por sua polivalência, Jorge Amado, de quem era amigo íntimo, atribuiu-lhe o epíteto de o "*numeroso Coqueijo*". Pela pena do mesmo Jorge, transitou por algumas das obras mais conhecidas da literatura brasileira, como *Dona Flor e seus dois maridos*, em que foi introduzido como "*um juiz de nome Coqueijo muito entendido em música*".

Um dos julgamentos mais singulares da Justiça do Trabalho é produto da lavra do mais singular magistrado que por ela passou.

Não é corriqueiro encontrar um processo que inspire um filme. A reclamação n.º 2.348/1972 é um desses raros exemplos. O filme "Beijo 2348-72", estrelado por nomes como Maitê Proença, Antônio Fagundes, Fernanda Torres, Ary Fontoura e Walmor Chagas, levou às telas do cinema a representação de um caso trabalhista real: o boato de que os apaixonados funcionários Norival e Catarina teriam sido flagrados beijando-se durante o expediente conduziu à despedida por justa causa de ambos. Inconformado, Norival buscou, no Judiciário, a reversão da punição aplicada. Sim, um beijo na Justiça do Trabalho.

À época, não vicejavam os códigos de conduta nas empresas. Conquanto dotada de projeção jurídica, a questão era essencialmente moral.

O reclamante sucumbiu em primeira instância, mas não capitulou. Pela via do Recurso Ordinário, obteve a reforma da sentença de improcedência. O caso foi alçado ao Tribunal Superior do Trabalho, tendo, por fortuna da vida e acaso do sistema, encontrado no Ministro Coqueijo Costa o seu relator.

O acórdão, que imediatamente entrou para a história da Justiça do Trabalho, reconheceu que o fato isolado de um beijo supostamente flagrado, em

meio às máquinas, por uma testemunha não autoriza a aplicação da sanção trabalhista máxima, especialmente no caso de dois funcionários com irrepreensível histórico profissional, sendo evidente a ausência de proporção entre a falta e a punição¹⁹⁶.

Em *Bahia de Todos os Santos*, Jorge Amado dedicou ao outro ilustre baiano algumas páginas. Naquela ocasião, perscrutou sua personalidade: "*Jurista, professor de Faculdade, juiz do Trabalho: para a maioria das pessoas muita coisa, para ele muito pouco*". Coqueijo não se contentou com a excelência em todas as atividades que desenvolveu. Numa unanimidade raramente vista, todos os relatos, de juristas e artistas, sobre o Ministro Coqueijo Costa oferecem a mesma conclusão: ele era um ser humano grandioso.

196 "Tudo pode acontecer, conforme costuma dizer um birbante, nosso conhecido. Dois empregados de uma fábrica foram despedidos... por causa de um beijo. A empregada, a beijada, conformou-se com o despedimento, naturalmente temendo o escândalo, até porque é casada. O empregado bateu às portas da Justiça do Trabalho e a reclamação foi julgada improcedente, sob o fundamento, invocado pelo empregador, de que incidiu na justa causa prevista na alínea 'b' do art. 482 da CLT. O Juiz prolator da decisão só aludiu a 'mau procedimento', felizmente não empregando o galicismo, vitando e escurril, 'incontinência de conduta'. O Regional reformou a sentença da Junta.

Não será demais recordar os saborosíssimos versos de um grande poeta mineiro, que também foi Juiz e legislador, Augusto de Lima:

'Que sabor tem o beijo? / A pergunta é moderna e cheia de ousadia... / Mas um antigo assim responderia / O beijo tem gosto de ambrosia / Doce ao primeiro encontro, amargo à despedida / Ardente no desejo / Pura ficção de há muito desmentida / O beijo / Não tem nenhum sabor, amor, desejo ou ódio / Isto posto / Além de que o condene / A higiene / O beijo só tem o gosto / De cloreto de sódio'.

Por que terá sido despedido o empregado? Por causa do beijo, em si, ou porque o beijo, segundo o velho autor mineiro, magistrado da poesia e poeta da magistratura, é falta de higiene? Enfim, de qualquer forma, como já se alegou nos autos, a espécie não está expressamente prevista em lei, e, acrescentamos, muito menos no regulamento da empresa. Tenho, para mim, que a Junta pecou e o Regional acertou. A única testemunha ouvida apenas se refere ao beijo, em meio ao rumor das máquinas. Ninguém mais teria conhecimento do assunto, não fora o olheiro, o delator. Se tudo não passou de um beijo, sem outras consequências, inexistente ato libidinoso. E se o fato só foi presenciado por uma testemunha, não haveria que cogitar de atentado ao pudor. Ademais, o reclamante, ora recorrido, se não é primário na prática de beijos, o é, pelo menos, na de qualquer falta de natureza trabalhista. Como enquadrar o ato em qualquer das alíneas do art. 482? A Junta, à mingua de outro argumento válido, alude a 'mau procedimento', que é uma espécie de salsaparrilha, remédio para tudo.

Estamos com o Regional: inexistente falta punível. E, se houvesse, seria leve, levíssima. Quanto ao mérito, a empresa poderia aplicar ao faltoso uma 'advertência', com o parergo de que o puniria na reincidência com pena menos branda. Há, indiscutivelmente, enorme desproporção entre a falta, se é que houve, e a punição. Isto posto, nego provimento" (Acórdão extraído de MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O controle disciplinar da magistratura e o perfil ético do magistrado**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 381/382).

Coqueijo não entesourou para si seus conhecimentos nem sua arte. Dividia-os e, ao fazê-lo, multiplicava-os. Em *Caetano – Uma Biografia*, descobre-se que ele "*sempre dava dicas a quem precisava*", "*gostava de reunir pessoas e dar força a iniciantes*". Prestou inestimáveis contribuições para a Faculdade de Direito da Bahia, sua *alma mater*, divulgando sua produção perante instituições estrangeiras. Por isso, destacou Washington Luiz da Trindade, também juslaboralista de escol, em artigo publicado no *Jornal A Tarde* em 1988, que "*projetando-se, projetou a sua faculdade no cenário nacional e internacional, como discípulo e mestre*". O músico Baden Powell reverberava a percepção geral: "*Nunca vi um homem tão bom como ele*" (*O violão vadio de Baden Powell*).

As palavras do Ministro Carlos Velloso em discurso proferido por ocasião do seu passamento não poderiam ser mais adequadas: Coqueijo foi tudo o que quis ser.

Como o leitor já terá observado, o presente estudo estrutura-se, em homenagem ao *artista* Coqueijo, de maneira algo distinta do formato aconselhado pela metodologia ortodoxa em textos científicos. Como no teatro, o trabalho é dividido em atos. O ato II é dividido em cinco cenas, cada uma apresentada a partir da perspectiva de uma "personagem", *rectius*, de um tema processual específico. A proposta do artigo é apresentar, a partir de lições do *jurista* Coqueijo, reflexões acerca do atual momento vivenciado pelos atores do Processo do Trabalho.

Cortinas abertas, que ingresse o elenco.

ATO II: UM ELENCO DE TÉCNICAS A SERVIÇO DA JUSTIÇA

Cena I: Um processo para o caso

*"Quem não sonha com a sua Pasárgada, numa Pérsia
intangível, que a magia dos versos traz para tão*

perto de nós?"

(Coqueijo Costa, **Finalmente Pasárgada**)

Em *Influências do Direito Processual do Trabalho no Direito Processual Civil*, Coqueijo Costa pontifica que o Juiz do Trabalho possui o poder de adequar a tramitação do processo às exigências do direito material discutido e das

circunstâncias de cada caso, uma vez que "*não é a lide que deve adaptar-se ao procedimento judicial, mas este é que deve adaptar-se à natureza da lide*"¹⁹⁷.

Em sua obra, Coqueijo proclamava aquilo que viria a tornar-se senso comum no Processo Civil apenas décadas depois: a tutela jurisdicional adequada é aquela concebida e moldada para solucionar um problema específico da vida real das pessoas, não um modelo inflexível a ser aplicado à generalidade dos casos. Afinal, os "*grandes problemas processuais de hoje não são certas filigranas dogmáticas, mas os da acessibilidade do instrumento processual e a efetividade da justiça*"¹⁹⁸.

É nessa lição que Juízas e Juízes do Trabalho buscam inspiração, de maneira ainda mais profunda, para conduzir os processos enquanto perdurar o isolamento presencial.

Durante a pandemia da covid-19, a Justiça do Trabalho não sofreu *lockdown*. Ao revés: no curso do período de suspensão dos prazos processuais, os indicadores de produtividade exibiram números impressionantes. Sentenças, decisões interlocutórias e despachos continuaram sendo proferidos. Atos processuais continuaram sendo praticados, ressalvados aqueles inviabilizados pelo confinamento. Mais ainda: segundo reportagem da Revista Veja, a Justiça do Trabalho direcionou mais de R\$ 200 milhões em indenizações para o combate à covid-19¹⁹⁹. Possivelmente, não há paralelo no mundo de um ramo do Judiciário que esteja contribuindo tanto para o enfrentamento da pandemia.

O desafio, agora, reside na viabilização de meios que permitam o avanço da marcha processual mesmo durante o isolamento. A questão não é singela.

O processo trabalhista costuma ser frequentado por pessoas com fome não apenas de justiça. Os modestos recursos financeiros de muitos trabalhadores e empregadores impossibilitam o acesso à internet indispensável para a participação em audiências telepresenciais. No teatro da vida, Juízes(as) e Advogados(as) não são apenas profissionais: são pais, mães, maridos, esposas, filhos, filhas, com responsabilidades familiares que se acentuaram dramaticamente durante o período de calamidade pública. Mesmo a obtenção dos documentos necessários para a

197 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Influência do direito processual do trabalho no direito processual civil *in* **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 195-208, jan./jun. 1985, p. 207.

198 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Processo do Trabalho: Princípios e Peculiaridades *in* **Curso de Direito do Trabalho**. Obra em Homenagem ao Ministro e Professor Mozart Victor Russomano. MAGANO, Octavio Bueno (Org.). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 680.

199 Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/justica-do-trabalho-destina-r-203-milhoes-em-multas-para-combate-ao-virus/>>.

elaboração de petições, algo tão elementar em épocas normais, tornou-se, em muitos casos, uma tarefa digna de um décimo terceiro trabalho de Hércules.

É nesse palco que, acompanhando as lições de Coqueijo, os ritos legais deverão ser adaptados à realidade de cada caso e dos atores do processo, com o empenho dos melhores esforços de todos e com o sincero respeito às dificuldades de cada um, para que, sempre que possível, os atos prossigam no seu caminhar adiante.

A prerrogativa de adequação de procedimentos, titularizada pelos Magistrados e exercida em colaboração com os Advogados, permitirá a adoção de novas estratégias que viabilizem o prosseguimento do feito.

Deveras, o *"Juiz, hoje, é uma pessoa do processo, e não apenas uma pessoa que julga ao fim do processo"*²⁰⁰. É um sujeito que possui poderes de direção do feito (CLT, art. 765), *"sem que, à base deles, possa o magistrado sobrepor sua vontade à das partes na determinação do objeto material do processo"*²⁰¹.

Nessa linha de intelecção, os órgãos superiores da Justiça do Trabalho ofereceram relevantes diretrizes à magistratura trabalhista.

O Ato Conjunto CSJT.GP.GVP.CGJT n.º 6/20 prevê que, de ofício ou atendendo pedido dos litigantes, o Magistrado pode suspender prazos ou a prática de atos processuais considerando a situação da propagação do vírus na localidade, bem como as circunstâncias específicas de acesso aos meios virtuais por parte dos envolvidos no processo (art. 6º, § 3º).

Ao indicar que a comunicação entre os atores do processo ocorrerá por *"meio telefônico ou eletrônico"*, o art. 11 do citado Ato assegura ampla flexibilidade para o contato entre eles e a definição da forma de apuração das consequências jurídicas dessa comunicação. É plenamente possível, assim, a criação de grupos referentes ao processo em aplicativo eletrônico, bem como a fixação da regra de que o registro, no aplicativo, de visualização de mensagem valerá como comprovação da efetivação da ciência — ou mesmo que o decurso de determinado número de dias sem a visualização fará presumir que a parte foi cientificada.

200 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 08.

201 Ibidem, p. 08.

Por sua vez, o Ato GCGJT n.º 11/20 alude, em seu art. 1º, parágrafo único, ao art. 139, inciso VI202, do CPC/15, como fundamento para a prorrogação de prazos de cumprimento de diligências.

É possível ir além. Nada impede a utilização dos amplos poderes previstos no referido art. 139 do CPC em conjunto com o art. 765 da CLT para, por exemplo, a dispensa de algumas espécies de audiência ou, ao menos, da intervenção virtual da parte que enfrente dificuldades de acesso digital, realizando-a apenas com seu Advogado, a flexibilização de prazos, a utilização de aplicativos ou plataformas eletrônicas mais amigáveis aos usuários, a admissão de novas formas de prática de atos processuais e, mesmo, a criação de uma nova dinâmica durante as audiências, que leve em consideração a matéria discutida no feito e as circunstâncias específicas de Advogados, partes e testemunhas.

A "*colaboração entre as partes e o Juiz*"203, aspecto marcante do Processo do Trabalho, poderá acentuar-se, por exemplo, com o recurso ao art. 357 do CPC, especialmente seus §§ 1º e 3º, para a realização, de maneira cooperativa, do saneamento e da organização do processo, por meio de audiência telepresencial com o Juiz e os Advogados ou por grupo criado em aplicativo eletrônico, solucionando questões processuais pendentes, definindo as matérias que demandam produção probatória e, dentro do possível, tentando aproveitar provas produzidas em outros processos.

A adoção de mecanismos que permitam o andamento processual é relevante porque "*poucas urgências podem ultrapassar a que informa o objeto do processo do trabalho*"204, uma vez que a "*rapidez da solução do conflito significa salário*"205.

Assim como a "*jurisprudência dos tribunais do trabalho muito concorreu para o aperfeiçoamento e a adequação do direito do trabalho à nova situação*"206, fará o mesmo em relação ao instrumento de sua concretização, o Processo do

202 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

203 Ibidem, p. 13.

204 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 20.

205 Ibidem, p. 381.

206 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Seminário de direito do trabalho comemorativo dos 40 anos do TST (1986 Brasília): abertura in **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 55, p. 87-92, 1986, p. 90.

Trabalho, considerando especialmente a dramática realidade vivenciada nos dias atuais.

Cena II: O melhor caminho é o diálogo

"Para encontrar a esperança,

Vim lhe buscar,

Vamos que o novo amanhã já vem,

vem, vem, vem, vem"

(Coqueijo Costa e Alcyvando Luz, **O sim pelo não**)

A legislação processual trabalhista deve ser criada, interpretada e aplicada com uma obsessão: *"a realização do direito material do trabalho, com o propósito de fazer efetivo o melhoramento das condições de vida dos trabalhadores"*²⁰⁷.

Por isso, uma das mais interessantes características desse ramo é que ele não rejeita o regramento do Processo Civil nem mesmo afirma-se como absolutamente independente deste. Em verdade, ele *"se proclama insuficiente nos seus institutos específicos"*²⁰⁸. O relevante é que a técnica processual, seja nativa da CLT ou oriunda do processo comum, seja eficiente para a realização da sua finalidade primordial. Mesmo nos casos de importação de instrumentos do Processo Civil, haverá *"indispensável adaptação procedimental"*²⁰⁹.

É certo que o tema está intimamente relacionado à densificação da cláusula de abertura contida no art. 769 celetista e, desde 2015, no art. 15 do CPC, agora também com a especial coloração atribuída pelo critério da supletividade. Mas vai além disso.

O Direito Processual do Trabalho e o Direito Processual Civil vivenciam uma frutífera relação de diálogo de fontes e de mútua influência.

É inegável que o Processo do Trabalho

207 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito processual do trabalho e o Código de Processo Civil**. São Paulo: LTr, 1975, p. 16.

208 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. *Processo do Trabalho: Princípios e Peculiaridades* in **Curso de Direito do Trabalho**. Obra em Homenagem ao Ministro e Professor Mozart Victor Russomano. MAGANO, Octavio Bueno (Org.). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 685.

209 *Ibidem*, p. 685.

trouxe um sopro renovador ao liberalismo clássico do Processo Civil Comum, dando novo enfoque aos institutos fundamentais do processo, plasmando novos mecanismos e recriando instrumentos processuais, rompendo com os tradicionais esquemas processuais, abrindo caminho para a socialização do processo²¹⁰.

Vale destacar que não são raros os casos nos quais avanços jurídicos são visualizados no Processo do Trabalho e apenas depois são acolhidos pelo Processo Civil. São exemplos eloquentes a hipótese de antecipação dos efeitos da tutela prevista no art. 659, inciso IX, da CLT (criada em meados da década de 1970) em relação à disciplina prevista na Lei n.º 8.952/94, que promoveu sensíveis alterações no CPC/73; a valorização da oralidade no processo, característica notável na Lei n.º 9.099/95; a ampla adoção do sincretismo processual no âmbito do Processo Civil apenas com a edição da Lei n.º 11.232/05; a ênfase à autocomposição, agora tão destacada no Código de Processo Civil de 2015.

Inspirado pelo espírito de diálogo entre os ramos, o Ato GCGJT n.º 11/20, em seu art. 6º, autoriza expressamente que o Juiz do Trabalho busque no procedimento previsto no art. 335 do Código de Processo Civil um caminho para viabilização do prosseguimento da marcha processual.

Sacrifica-se, em alguma medida e em razão da excepcionalidade do momento, a oralidade e o contato pessoal, inerentes ao Processo do Trabalho, como forma de permitir a continuidade da tramitação do feito. Incorpora-se, assim, provisoriamente, a configuração de revelia por ausência de apresentação de contestação no processo eletrônico²¹¹, a concessão de prazo para a especificação de provas e a decisão de saneamento²¹².

Ademais, conquanto não referido especificamente no art. 6º, § 1º, do Ato GCGJT n.º 11/20, não há óbice ao recurso ao art. 357 do CPC/15, especialmente seus

210 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Influência do direito processual do trabalho no direito processual civil in **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 195-208, jan./jun. 1985, p. 195.

211 Artigo 6º. Preservada a possibilidade de as partes requererem a qualquer tempo, em conjunto (art. 190 do CPC), a realização de audiência conciliatória, fica facultado aos juízes de primeiro grau a utilização do rito processual estabelecido no artigo 335 do CPC quanto à apresentação de defesa, inclusive sob pena de revelia, respeitado o início da contagem do prazo em 4 de maio de 2020.

212 Art. 6º, §1º. Na hipótese do *caput*, deverá o(a) magistrado(a) possibilitar vista à parte autora dos documentos apresentados com a(s) defesa(s), e assinalar prazo para que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, sua pertinência e finalidade, para então proferir julgamento conforme o estado do processo ou decisão de saneamento e, se necessário, audiência de instrução.

§§ 1º e 3º, para o desenvolvimento de uma gestão compartilhada do processo, como mencionado anteriormente.

Flexível por natureza, o Processo do Trabalho recorre, sem maiores pudores, ao Processo Civil quando este é capaz de oferecer soluções para a realização da razão de ser daquele, a concretização do Direito Material do Trabalho.

Cena III: O combinado não sai caro

"Havia algo de novo no 'velho'"

(Coqueijo Costa, **Caimmi**, coluna no

Jornal da Bahia, em 1967)

Não há surpresa alguma em afirmar a ênfase que o processos trabalhista confere à conciliação. De fato, ela é *"fundamental no Processo do Trabalho, que busca a paz social e por ela a encontra mais cedo"*²¹³, de modo que os *"órgãos da Justiça do Trabalho são precípua e inicialmente conciliadores (...), só decidindo se não conseguirem avir as partes"*²¹⁴.

O Juiz do Trabalho é, por vocação, um arauto da pacificação, razão pela qual *"se impõe tenha ele aguda sensibilidade social e seja tolerante, humilde e persistente na busca da conciliação"*²¹⁵.

É importante observar que, muito antes de cogitar-se da construção de uma ampla política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos com destaque para a adoção de métodos de solução consensual de controvérsias (vide, a propósito, a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça), a Justiça do Trabalho e o Processo do Trabalho foram estruturados de acordo com a lógica de estimular a resolução dos litígios decorrentes das relações sociais por seus próprios atores, de maneira democrática e participativa. Sobre o tema, há muito acentuava Coqueijo Costa:

No particular, o direito processual do trabalho não se aparta da grande problemática do acesso à Justiça como um programa de reforma social, por um direito e uma Justiça mais viáveis. Faz-se mister estabelecer um procedimento alcançável, enquanto mais simples e racional, mais econômico, eficiente e especializado para certos tipos de controvérsia,

213 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 20.

214 Ibidem, p. 322.

215 Ibidem, p. 76.

com o fim de promover e tornar exequível um tipo de Justiça "coexistencial", baseada na conciliação e na mediação, com critério de equidade social distributiva, onde seja importante "curar" situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, criando-se uma forma de Justiça mais factível, descentralizada e participativa pelos membros dos grupos sociais e comunitários²¹⁶.

Há uma razão muito clara para a importância conferida às soluções consensuais no processo trabalhista.

Conforme alertava Giovanni Tesoriere, o "*processo do trabalho não é qualquer coisa de externo e de estranho ao mundo substancial do trabalho, mas é aquele mesmo mundo num momento particular de sua organização*"²¹⁷. A lide individual trabalhista não resolvida permanece como chaga aberta que esgarça a relação entre capital e trabalho no âmbito da comunidade social que é a empresa, uma vez que "*el trabajador es miembro de un grupo homogéneo, inmediato y toda conducta antijurídica constituye una agresión a la paz del grupo*"²¹⁸, motivo pelo qual as decisões proferidas nos dissídios individuais "*transcendem o interesse conflitante das partes, para se projetar no todo como poderoso instrumento de paz social*"²¹⁹.

Precisamente por isso, sustentava Coqueijo que os mecanismos de solução consensual de controvérsias trabalhistas não poderiam estar restritos ao âmbito da Justiça do Trabalho (isto é, após ajuizada a reclamação) e preferencialmente deveriam contar com a participação das entidades sindicais:

Deve ser incentivada a criação de organismos paritários, para o desempenho de funções prévias de conciliação, integrados por representantes de empregadores e de empregados, estes preferentemente por intermédio de suas organizações sindicais, para que as causas e os problemas maiores dos conflitos trabalhistas recebam

216 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Processo do Trabalho: Princípios e Peculiaridades *in* **Curso de Direito do Trabalho**. Obra em Homenagem ao Ministro e Professor Mozart Victor Russomano. MAGANO, Octavio Bueno (Org.). São Paulo: Saraiva, 1985, p. 689.

217 *Ibidem*, p. 681.

218 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Tendencias actuales del derecho procesal del trabajo *in* **Derecho laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**, Montevideo, v. 30, n. 145, p. 97-105, enero./marzo. 1987, p. 100.

219 COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 322.

tratamento e solução adequados aos interesses comuns às classes envolvidas nas relações de trabalho²²⁰.

A "velha" ênfase à conciliação no Processo do Trabalho adquire renovada importância nos dias atuais.

Temporariamente impossibilitada a realização de audiências presenciais e considerada a dificuldade de acesso digital de milhões de brasileiros para a participação em audiências telepresenciais, o Juiz dispõe de opções mais amplas do que a simples intimação para manifestação das partes acerca do interesse numa solução consensual do litígio.

É possível, por exemplo, a criação de grupos virtuais em aplicativos amplamente utilizados pela sociedade, com a participação do Magistrado, dos Advogados, das partes e do Diretor de Secretaria (que certificará nos autos o ocorrido) para desenvolvimento de tratativas para a celebração de acordos.

Nessa linha de inteligência, a importante Recomendação CSJT.GVP n.º 01/20 concita os Magistrados a que envidem esforços para a mediação e a conciliação de conflitos que envolvam a preservação da saúde e segurança do trabalho em serviços públicos e atividades essenciais, com o propósito de assegurar a continuidade das atividades indispensáveis à concretização do interesse público. Para tanto, honrando o espírito que norteia o Processo do Trabalho, o diploma incentiva o Juiz a buscar o "*apoio direto das entidades sindicais das categorias profissionais e econômicas envolvidas, dos Advogados e dos membros do Ministério Público do Trabalho, para o encaminhamento de solução consensual dos conflitos individuais e coletivos*" (art. 1º).

Considerando o contexto mais amplo em que se insere o conflito trabalhista, a Recomendação estimula ainda a atuação dos Coordenadores dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (NUPEMEC-JT) e dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas (CEJUSC-JT) como mediadores e conciliadores na fase pré-processual de conflitos individuais e coletivos referentes a "*interesses do exercício de atividades laborativas e funcionamento das atividades empresariais no contexto da situação extraordinária da pandemia*" (art. 2º).

A seu turno, o Ato GCGJT n.º 11/20, em seu art. 6º, alude ao art. 190 do CPC/15, dispositivo que fundamenta a celebração do negócio jurídico processual, instituto inicialmente rejeitado pelo Tribunal Superior do Trabalho (IN n.º 39/16, art.

²²⁰ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Sugestões à constituinte. **Correio Braziliense**, Brasília, n. 8788, 04 maio 1987, p. 4.

2º, II), mas que vem paulatinamente sendo reconhecido como mecanismo valioso para a solução do litígio e, por isso, aplicável ao Processo do Trabalho (vide, a propósito, a decisão proferida pela SDI-II do TST no CC 7301-46.2018.5.00.0000). Adotadas as cautelas previstas no parágrafo único do art. 190 do CPC, descortina-se (agora inequivocamente) a possibilidade de negociação, no processo trabalhista, não apenas sobre o objeto da lide, mas também sobre o instrumento por meio do qual se obtém a sua resolução.

Sem dúvidas, novas perspectivas do “velho” ânimo conciliador.

Cena IV: Uma política de salvação

“Quanta cruz no meu caminho

Faca de sol, poeira, espinho

Bom Jesus olhe por mim

Na solidão cansado eu vim”

(Coqueijo Costa e Alcyvando Luz,

Ave Maria do Retirante)

A relevância social de que se reveste o conflito trabalhista, individual e coletivo, gera repercussões sobre uma série de categorias processuais, a exemplo da teoria das nulidades. Com efeito,

mais forte é no processo do trabalho a política de salvar o processo das nulidades decorrentes de defeitos ou vícios do que no processo comum, porque, na solução da lide trabalhista, mesmo a individual, e, sobretudo, a coletiva, o interesse social da harmonia entre as classes patronal e trabalhadora está sempre presente²²¹.

Durante o *caminhar* do processo ao longo do período da pandemia, será necessário, mais do que nunca, haver compreensão e tolerância em relação aos atos praticados. Preservados os grandes princípios processuais, como o contraditório e a ampla defesa, deve-se, dentro do possível, reconhecer a validade dos procedimentos adotados durante o estado de calamidade pública.

Seguramente, as principais questões suscitadas nessa época dizem respeito à utilização de procedimentos não previstos na legislação ou consagrados

²²¹ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Nulidade e anulabilidade no processo do trabalho: o princípio da convalidação in **Revista de Processo**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 111-117, abr./jun. 1977, p. 112.

no Código de Processo Civil, a despeito da existência de regramento específico na Consolidação das Leis do Trabalho.

Sobreleva, aqui, como corolário do princípio da cooperação (CPC/15, art. 6º), o dever de arguição das nulidades²²². A parte que entender-se prejudicada pela adoção de determinada condução do processo deve, desde logo (CLT, art. 795), alertar o Juiz, de maneira fundamentada, acerca da possível configuração de invalidade, a fim de que os rumos do feito possam ser prontamente corrigidos.

Afinal, o "*princípio da convalidação, de par com o da lealdade processual, evita o retrocesso, que é antiprocessual, pois processo é caminho para a frente, em busca da sentença de mérito, pela entrega da prestação jurisdicional, que incumbe ao Estado como um poder-dever deste*"²²³.

A salvação do processo de nulidades há, pois, de ser uma política encampada por todos os atores do processo.

Cena V: Matéria para peritos

"Jogue seus búzios

Pro santo dizer"

(Coqueijo Costa e Alcyvando Luz,

Eu Sou de Oxalá)

A prova pericial desempenha relevante papel no Processo do Trabalho. As contribuições técnicas oferecidas pelos peritos qualificam a prestação da tutela jurisdicional e, em muitos casos, são decisivas para o deslinde do litígio.

Isso não significa, todavia, que a existência de questão técnica no processo necessariamente levará o Juiz a determinar a realização de uma perícia. Com efeito,

é-lhe dado indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial ou técnico (...). Pela celeridade e pela economia processual, deve optar pelo meio de prova aproveitável. Também pode rechaçar a perícia quando desnecessária ou inútil, à vista de outras provas produzidas (...), pois o fato já se acha provado concludentemente.

²²² COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito Processual do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 383.

²²³ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Nulidade e anulabilidade no processo do trabalho: o princípio da convalidação in **Revista de Processo**, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 111-117, abr./jun. 1977, p. 117.

Igualmente, quando a verificação for impraticável, por serem os fatos transitórios, ou pretéritos, e não tiverem deixado vestígio²²⁴.

No atual contexto de distanciamento social, o cumprimento de diligências periciais tornou-se praticamente impossível. A gravidade do tempo presente reclama do Poder Judiciário ainda maior critério na análise da necessidade de produção de prova pericial nos casos concretos.

Com o propósito de assegurar o prosseguimento da tramitação dos feitos nos quais haja requerimento de realização de perícia, algumas providências podem ser adotadas.

A primeira medida consiste precisamente na análise quanto à pertinência e à utilidade da prova pericial. Há situações nas quais o reclamante postula o pagamento de indenização por danos morais em razão de enfermidade que manifestamente não possui qualquer mínima possibilidade de relação com o trabalho desenvolvido em favor do empregador. Exemplos pitorescos de pedidos dessa natureza são sempre lembrados nos fóruns da Justiça do Trabalho. Da mesma maneira, um pleito, *v.g.*, de pagamento de adicional de periculosidade por haver o empregado laborado em altura não demandará a designação de perícia, em razão da ausência de enquadramento nas hipóteses arroladas no art. 193 da CLT e na Norma Regulamentadora n.º 16.

Em segundo lugar, em relação a determinados pedidos de pagamento de adicionais de insalubridade ou periculosidade, é importante verificar a eventual existência, em outros processos, de laudos referentes à mesma atividade desenvolvida pelo trabalhador no mesmo espaço físico daquela empresa. Não havendo particularidade fática de maior relevo (que, sendo o caso, deverá ser informada pelas partes), é plenamente possível a utilização de tais laudos como prova emprestada (CPC/15, art. 372, bem como a *ratio* da Orientação Jurisprudencial n.º 278 da SDI-I do TST), tornando desnecessário o sobrestamento do feito até o momento em que viesse a ser possível a realização de uma perícia.

Diante do precedente vinculante firmado no julgamento do IRR 239-55.2011.5.02.0319225, no sentido da impossibilidade de cumulação do pagamento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, se, em um caso concreto, o reclamante que já recebe um dos adicionais vier a postular o pagamento do outro

²²⁴ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Perícia facultativa e perícia obrigatória *in* **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, n. 6, mar./abr. 1977, p. 81-88.

²²⁵ Eis a tese firmada: "*O art. 193, § 2º, da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomo*".

(não sendo o seu valor superior ao daquele já percebido), deverá ser indeferida a produção da prova pericial.

Para certos casos de doença ocupacional, a constatação da existência de nexos técnico epidemiológico previdenciário e a análise de documentos como laudos médicos, exames periódicos, o PPP, o LTCAT, o PCMSO, o PPRA e os comprovantes de entrega dos EPI's podem, de acordo com as circunstâncias, dispensar a prova pericial (CPC, art. 472) ou permitir a denominada perícia indireta.

É possível, ainda, em conformidade com os contornos do caso, a realização da prova técnica simplificada, consistente na "*inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico*" (CPC, art. 464, § 3º).

Por último, não se pode descartar a hipótese de, em um diálogo democrático e cooperativo entre Juiz e Advogados, ser definido que o autor desistirá dos pleitos que demandem a produção de prova pericial, vindo, na sequência, a ajuizar nova ação exclusivamente com tais pedidos, viabilizando o prosseguimento do primeiro processo em relação às demais matérias.

Variados são os contextos, portanto, nos quais não haverá a necessidade de designação de prova pericial, o que contribuirá para a conclusão do processo em duração razoável.

ATO III: O FIM E O INÍCIO

"O espetáculo precisa voltar ao cartaz"

(Coqueijo Costa, **Bossa nova baiana em oito vozes foi um sucesso ontem no Teatro Vila Velha**, crítica no Jornal da Bahia, em 1964)

As lições do Ministro Coqueijo Costa são imortais. A sua compreensão do Processo do Trabalho permanece indispensável para a orientação dos atores envolvidos com o sistema de justiça nos dias atuais.

Dramáticos momentos como o presente, que exigem uma reinvenção da atuação do Poder Judiciário, evidenciam, em contornos ainda mais intensos, a importância da Justiça do Trabalho para a sociedade. Vanguardista, flexível, eficiente, obcecado pela efetivação do direito substancial, o "*Direito Processual do Trabalho*

realiza a função excelsa do Estado, a mais transcendental de nossa época — distribuir justiça social"²²⁶.

Para cumprimento desse roteiro, um elenco de técnicas processuais está à disposição dos sujeitos do processo. Por sua relevância, merecem destaque a adaptação do procedimento à natureza da lide, a intensificação do diálogo com o Processo Civil, a renovada ênfase na conciliação, a compreensão da teoria das nulidades a partir de uma perspectiva de máximo aproveitamento dos atos processuais e a criteriosa análise quanto à real necessidade de produção de prova pericial, de acordo com os demais elementos dos autos.

Nesse novo cenário do Processo do Trabalho, os Juízes, quase com a criatividade artística que animava Coqueijo, serão diretores de "*um processo que instrumente o Direito Material do Trabalho como o exige a mutação veloz dos dias que vivemos*"²²⁷.

²²⁶ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. **Direito processual do trabalho e o Código de Processo Civil**. São Paulo: LTr, 1975, p. 16.

²²⁷ COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. Influência do direito processual do trabalho no direito processual civil *in* **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 195-208, jan./jun. 1985, p. 207.

REFLEXÕES ACERCA DA PROVA DE TÍTULOS NO ÂMBITO DOS CONCURSOS PÚBLICOS SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE: UMA ANÁLISE DA DICOTOMIA EXPERIÊNCIA VERSUS PRIVILÉGIO

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O concurso público tem na acepção da competitividade uma pedra fundamental. É dizer que a lógica de haver pessoas disputando o acesso ao serviço público exige um respeito incondicional ao pressuposto da real possibilidade de disputa[1].

Nesse sentido, o enfrentamento nos certames entre os candidatos deve ser real e com contornos de competitividade material. Noutras palavras, não basta apenas uma competitividade meramente formal e dissociada da plena chance de determinado postulante se sagrar vencedor numa concorrência.

Assim, é preciso que os candidatos possam realmente disputar entre si mediante normas jurídicas justas, isonômicas, impessoais e, também, lastreadas no dever de moralidade administrativa. Porque a ninguém de bom senso e comprometido com a excelência da gestão pública deveria interessar um cenário inverso.

Caso contrário, ao invés de disputa real e concreta entre os candidatos haveria simulação no processo de ingresso no serviço público, haja vista uma competitividade meramente formal e, por assim dizer, extremamente simbólica.

Fixadas essas premissas, cumpre lembrar que a história recente do Brasil nas últimas décadas protagonizou cenas bastante deploráveis no que tange aos vícios inconstitucionais no âmbito dos concursos públicos. Situações essas manifestamente descabidas e incongruentes com o sistema constitucional de 1988[2].

A título de exemplo, já houve provas orais e entrevistas secretas, discriminações contra as mulheres em carreiras policiais, proibição de inscrição de pessoas com deficiência, ausência injustificada de espelho de correção de provas, identificação dos candidatos no caderno de respostas e favorecimentos e perseguições destes por razões pessoais, familiares, políticas ou ideológicas.

Para que não haja dúvidas quanto à atualidade dessas discussões, cita-se precedente abaixo onde justamente houve uma alegação de favorecimento em concurso público, sem que aqui se teça qualquer juízo meritório sobre a pertinência ou não das acusações:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ANULAÇÃO DO XLI CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO NAS ATIVIDADES NOTARIAIS E/OU REGISTRAIS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. AMPLICAÇÃO DO OBJETO DE APURAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. I - Não está inserido no rol de competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça comando que autorize o exame do conteúdo de questões formuladas em provas de concursos públicos, bem como a avaliação de seus critérios de correção. II – A decisão questionada, ao examinar as respostas das candidatas, reviu os critérios adotados pela Banca Examinadora, situação vedada pela pacífica jurisprudência desta Corte. Precedentes. III - A Constituição de 1988 assegura participação de todos em concursos públicos, direito subjetivo assegurado aos cidadãos em geral, desde que atendidos os requisitos legais, não importando eventual parentesco com integrantes do órgão ou entidade que realiza o certame. IV - Ao alterar o caráter objetivo de apuração administrativa, passando-se à análise subjetiva com deliberação sobre questões particulares dos candidatos, torna indispensável a intimação dos interessados. V – A ausência de intimação dos interessados para que se manifestassem sobre a ampliação do objeto inicial de investigação do PAC, ofende a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Precedentes. **VI – “Não é possível presumir a existência de má-fé ou a ocorrência de irregularidades pelo simples fato**

de que duas das candidatas aprovadas terem sido assessoras de desembargadores integrantes da banca examinadora". VII – Segurança concedida.

(MS 28775, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator (a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 08-03-2018 PUBLIC 09-03-2018) (grifou-se)

A par de tais considerações, um tema deveras intrigante no meio dos certames públicos é a prova de títulos. Embora geralmente apenas classificatória e aplicada na última fase dos concursos públicos, não raro tal prova se traduz em fator decisivo para a configuração da listagem final dos candidatos que obterão uma vaga no serviço público.

Por meio da prova de títulos se busca identificar uma melhor formação técnica dos candidatos, comumente representada por cursos de capacitações e de pós-graduações, bem como publicações científicas e doutrinárias (livros, capítulos de livros, artigos científicos, entre outros).

Notadamente em concursos públicos realizados para cargos públicos de natureza científica e acadêmica (professores universitários ou analistas especializados de agências reguladoras, por exemplo), essa prova de títulos pode ser um fator diferencial entre a aprovação e a reprovação de determinado candidato.

Ainda, por óbvio, existem benefícios tanto para a Administração Pública quanto para a sociedade no que tange ao princípio da eficiência, haja vista que a admissão de profissionais mais especializados no serviço público produzirá, ao menos em tese, melhores resultados no atendimento dos anseios dos gestores públicos e dos cidadãos em geral[3].

Imagine-se, por exemplo, que após a aplicação das provas objetivas, discursivas e orais de determinado concurso público, 10 (dez) candidatos estejam distanciados entre si por apenas 1 (um) ou 2 (dois) décimos nas pontuações obtidas até então. É certo que todos eles demonstraram, nessa perspectiva, desempenho semelhante.

No entanto, entre esses candidatos acima poderá existir um deles com 2 (dois) mestrados, 1 (um) doutorado, 1 (um) pós-doutorado, 25 (vinte e cinco) artigos científicos publicados e 3 (três) livros de sucesso de sua autoria, tudo isto na exata área de conhecimento do cargo público almejado.

Nesse toar, é bastante seguro afirmar que, a despeito de todos os candidatos terem obtido notas semelhantes nas provas objetivas, discursivas e orais, aquele

postulante com um currículo acadêmico de excelência deverá ter em seu favor algum tipo de justo reconhecimento numa prova de títulos, sagrando-se vencedor da disputa.

Evidentemente que a prova de títulos não poderá se tornar um fator de eliminação sumária de candidatos ou mesmo um instrumento de institucionalização de distorções. Por exemplo, seria desproporcional que a pontuação da prova de títulos pudesse superar aquela passível de obtenção no somatório das demais provas objetivas, discursivas e orais.

Seguindo essa linha de raciocínio, no cenário brasileiro algumas situações complexas e delicadas têm ocorrido nas provas de títulos e despertado um alerta entre os candidatos, bem como entrado no radar dos órgãos de controle interno e externo[4].

Um exemplo desse quadro é a possibilidade de o candidato obter pontuação na prova de títulos em decorrência de exercício de cargo público anterior à investidura pretendida. É o caso dos concursos públicos para cartórios no Brasil onde muitos dos atuais ocupantes das serventias não prestaram certame algum e, agora, terão que realizar uma disputa em concurso público com todos os demais interessados.

Assim, alguns editais de concursos públicos para esses cartórios vêm estipulando na prova de títulos uma determinada pontuação – muitas vezes altíssima – para aquele candidato que já laborava na serventia em disputa. Quase que uma espécie de retorno aos antigos e inconstitucionais concursos públicos internos, onde os servidores públicos já componentes da Administração Pública tinham regalias de concorrer apenas entre si sem a participação do público externo ou mesmo recebiam imensas vantagens indevidas mediante pontuações na prova de títulos decorrentes de já serem vinculados ao setor público.

Às vezes, pasme-se, esses servidores públicos chegavam até a serem dispensados de etapas eliminatórias dos certames, considerando-se automaticamente aprovados com nota máxima em razão da experiência no serviço público. Vale dizer, um candidato externo deveria provar seu conhecimento técnico, enquanto que um servidor público antigo da repartição, não raro ingressante no setor público sem concurso público antes de 1988 ou até ocupante de cargo de provimento em comissão, simplesmente era blindado com favorecimentos inaceitáveis.

Essas situações, pois, acabavam por macular completamente a competitividade no âmbito dos concursos públicos, haja vista que mediante uma regra editalícia inconstitucional, ilegal, imoral, anti-isonômica e de elevado teor de pessoalidade, pessoas tentavam – e ainda tentam – se perpetuar no âmbito da

Administração Pública usando a prova de títulos como instrumento facilitador dessa absurdez.

A título de esclarecimento da discussão, seguem precedentes jurisprudenciais que se debruçaram acerca da temática:

CONCURSO PÚBLICO – CRITÉRIOS DE DESEMPATE – ATUAÇÃO ANTERIOR NA ATIVIDADE – AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. **Mostra-se conflitante com o princípio da razoabilidade eleger como critério de desempate tempo anterior na titularidade do serviço para o qual se realiza o concurso público.** (ADI 3.522/RS, rel. min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, DJ de 12.05.2006) (grifou-se)

CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. REGULAMENTO nº 7/2004, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, INCISOS I E II DO ART. 31. PROVA DE TÍTULOS: EXERCÍCIO DE FUNÇÕES PÚBLICAS. **I. – Viola o princípio constitucional da isonomia norma que estabelece como título o mero exercício de função pública.** II. – ADI julgada procedente, em parte. (ADI 3.443, Rel. Carlos Velloso, DJ 23.9.2005) (grifou-se)

Concurso público para a magistratura: **títulos: plausível a invocação do princípio constitucional da isonomia contra a validade de normas que consideram título o mero exercício de cargos públicos, efetivos ou comissionados, privativos ou não de graduados em Direito.** (ADI-MC 2.210, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 24.5.2002) (grifou-se)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. **EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO DA CORREGEDORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE ALAGOAS. PREVISÃO DE PONTUAÇÃO AOS SERVIDORES NÃO ESTÁVEIS, BEM COMO A APROVAÇÃO EM QUALQUER CONCURSO PÚBLICO, SEM DIFERENCIAÇÃO DE NÍVEL DE GRADUAÇÃO, DESIGUALA OS CONCORRENTES, EM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE, AO NÃO TRAZER O NOME DOS CANDIDATOS E OS RESPECTIVOS NÚMEROS DE INSCRIÇÃO. “FUMUS BONI IURIS” E “PERICULUM IN MORA” CONFIGURADOS.

SUSPENSÃO DE ITENS DO EDITAL. LIMINAR DEFERIDA. (ADI-MC 2.206, Rel. Nelson Jobim, DJ 1º.8.2003) (grifou-se)

O título “Pioneiro do Tocantins”, previsto no “caput” do art. 25 da Lei no 157/90; atribuído a servidores do Estado, nada tem de inconstitucional. **Entretanto, quando utilizado para concurso de provas e títulos, ofende clara e diretamente o preceito constitucional que a todos assegura o acesso aos cargos públicos, pois, o critério consagrado nas normas impugnadas, de maneira oblíqua, mas eficaz, deforma o concurso a ponto de fraudar o preceito constitucional, art. 37, II, da Constituição. (...)**” (ADI 598, rel. Paulo Brossard, DJ 12.11.1993) (grifou-se)

Em função dessas celeumas envolvendo as provas de títulos em todos o Brasil, o legislador estadual de Alagoas editou, em 2016, a Lei Estadual 7.858. Tal norma jurídica estabeleceu normas gerais para realização de concurso público pela Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional do Estado de Alagoas, contemplando a seguinte redação:

Art. 6º. O edital é vinculante da administração pública e de cumprimento obrigatório, devendo ser redigido de forma clara e objetiva, de maneira a possibilitar a perfeita compreensão de seu conteúdo pelo pretendente ao cargo ou cargos oferecidos.

[..]

§ 11. A prova de títulos é classificatória, não poderá atribuir pontos totais superiores a 30% (trinta por cento) do total possível nas provas de conhecimento e sua realização exige a identificação expressa dos títulos aceitáveis e respectiva pontuação, **vedadas a aceitação de títulos que não guardem relação com as atribuições do cargo em disputa e a atribuição, nessa prova, de pontos por tempo de serviço em determinada entidade.**

[..]

Art. 72. A prova de títulos, quando admissível, é exclusivamente classificatória e deve observar o seguinte:

I – é sempre a última prova do concurso;

II – os títulos aceitáveis e a respectiva pontuação são descritos no edital normativo do concurso público; e

III – somente para cargo público com exigência de curso superior pode ser exigida prova de títulos em concurso público.

[..]

Art. 94. **É considerado ato abusivo contra o concurso público e ilícito administrativo grave:**

I – elaborar edital ou permitir que edital seja elaborado com discriminação inescusável de raça, sexo, idade ou formação, ou cujas previsões restrinjam indevidamente a publicidade, a seletividade ou a competitividade do certame; (grifou-se)[5]

Frente ao texto legal acima é possível identificar, na seara da prova de títulos, que há vedação quanto à atribuição de pontos ao candidato por tempo de serviço em determinada entidade. A lei não explicitou o sentido da expressão “entidade”, sendo razoável se conceber essa restrição a quaisquer relações de trabalho, seja no setor público, seja no setor privado.

Ocorre, porém, que algumas situações são questionáveis. O exercício da advocacia privada, por exemplo, estaria excepcionado pela norma, haja vista que o advogado não possui tempo de serviço na entidade Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), mas um mero labor enquanto profissional liberal?

Além do mais, essa restrição da norma estadual seria constitucional, considerando que um profissional liberal (médico) poderia ter em seu favor uma pontuação no certame pela experiência privada em seu próprio consultório, porém um médico efetivo ocupante de cargo público em determinado órgão público ou um médico empregado de hospital privado não poderiam pontuar por contabilizarem tempo de serviço numa “entidade” pública ou privada, respectivamente?

E uma pergunta ainda mais intrigante deve se fazer: a despeito do combate aos favorecimentos, com o qual não se discorda, seria realmente inconstitucional e ilegal atribuir pontuação em prova de títulos com base na experiência profissional do candidato?

Aliás, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional lei estadual que prevê exatamente o inverso da norma alagoana alhures citada a fim de garantir que a experiência profissional como advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) seja passível de pontuação em prova de títulos, a saber:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 17, IV, da Lei 12.919/1998 do Estado de Minas Gerais. **Reconhecimento do exercício da advocacia como título em concurso para ingresso e remoção nos serviços notariais e de registro do Estado.** 3. A existência de grupo, com aptidões técnicas, não contemplado com a atribuição de título em concurso público não enseja a invalidade da atribuição de título a outros grupos que também as ostentem. Compatibilidade com o princípio da igualdade. 4. **O exercício da advocacia é critério adequado para a atribuição de título em concursos para carreiras jurídicas. Precedentes.** 5. **Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.**

(ADI 3760, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 30-04-2020 PUBLIC 04-05-2020) (grifou-se)

Portanto, fica aqui um alerta para um tema bastante intrigante e, à toda evidência, repleto de polêmicas na medida em que vacilante na jurisprudência dos Tribunais. Nesse assunto é preciso se buscar um equilíbrio nas soluções administrativas, legislativas e jurisprudenciais, pois de um lado há o interesse público em selecionar os melhores candidatos em prol de uma Administração Pública eficiente, porém de outro lado existe uma exigência social de ampla competitividade entre os participantes, extirpando-se das entranhas do setor público a cultura nefasta de favorecimentos indevidos nos concursos públicos.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Igualdade, discriminação e concurso público.**

Análise dos requisitos de acesso aos cargos públicos no Brasil. 1. ed. Maceió: Viva, 2014.

[2] CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Concursos públicos no direito brasileiro.**

Teoria Geral, Fundamentos, Princípios, Requisitos, Procedimentos, Controle. Curitiba: Juruá, 2015.

[3] DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da isonomia e concurso público. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). **Concurso público e Constituição**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

[4] MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **O regime jurídico do concurso público e seu controle jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

[5] **BRASIL**. Gabinete Civil. Lei Estadual nº 7.858/2016. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 04 jan 2021.

ⁱ Pedimos vênias para se referir ao Projeto de Lei nº 4253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013), como “Nova Lei de Licitações”, termo que vem sendo popularmente utilizado por diversos professores de Direito Administrativo em sítios eletrônicos da internet ao se referir a dispositivos do PL. Advirta-se, contudo, que até a presente data (04/01/2021) não houve sanção presencial. Há a possibilidade de apresentação de vetos de dispositivos mencionados no trabalho.

ⁱⁱ *Vide* nota de fim acima.

ⁱⁱⁱ Adotaremos a expressão “Advogado de Estado”, utilizado pelo Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto como sinônimo de Advocacia Pública em alguns momentos do presente trabalho. *Vide* MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A responsabilidade do advogado de estado. R. de Dir. Proc. Geral. Rio de Janeiro, vol. 63, 2008.

^{iv} Adotamos o conceito de agente público previsto no art. 1º da Lei 8.429/1992 – Lei de Improbidade Administrativa.

^v EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a

serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.(MS 24073, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003 PP-00029 EMENT VOL-02130-02 PP-00379)

vi EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250)

vii O "Direito Administrativo do Medo" é expressão utilizada para indicar uma tendência do administrador em desistir de decidir, apoiado em um instinto de autoproteção, em virtude do medo de sofrer as reprimendas do controle externo. Nesse sentido: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 24/12/2020.

viii Disponível em <<https://www.paho.org/pt/covid19>>. Acesso em 24/12/2020

ix Sobre a expressão Direito Administrativo de Emergência, *vide* texto publicado por Marçal Justen Filho no site Migalhas. Disponível: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/325042/direito-administrativo-da-emergencia-um-modelo-juridico>>. Acesso em 25/12/2020

x Não por outra razão, no âmbito federal, as atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pela advocacia pública da União foram previstas como serviço público e atividade essencial, indispensável ao atendimento das necessidades

inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, nos termos do art. 3º, §1º, do Decreto Federal nº 10.282, de 20 de março de 2020.