

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1037

(Ano XIII)

(11/09/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

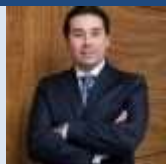
País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Mediação e Arbitragem – Meios de solução de conflitos nas operações de permuta para empreendimentos imobiliários
Remo Higashi Battaglia, 07.

ARTIGOS

A responsabilidade civil do Estado perante a prisão ilegal

Jhonata Bigas, 15.

O papel do Direito Tributário na implementação de políticas públicas

Wellington Cacemiro e Yasmin Do Carmo Cacemiro, 25.

Primeiras impressões sobre os Crimes Licitatórios trazidos pela Lei 14.133/21

Vinícius Scatigno Lapetina, 40.

Estudo de caso: racismo estrutural

Gabriela Bezerra Barbosa, 46.

A regulamentação do Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF) como alternativa para distribuir a conta da crise econômica provocada pela pandemia

Wellington Cacemiro e Yasmin Do Carmo Cacemiro, 63.

As possibilidades da relativização da coisa julgada no processo civil

Neviton Isaac Barroso Santana, 71.

A diminuição das funções cognitivas e físicas do idoso na direção veicular como importante forma de discussão na segurança do trânsito e no ordenamento jurídico

Milena Stabele Martin, 94.

Crimes Cibernéticos

Fernando Cristian Marques, 111.

O planejamento de uma sessão de conciliação: importância prática de cada etapa.

Jardel Ulisses Alves De Sousa, 115.

Ensaio sobre as bases filosóficas da essência de uma Constituição de Estado

Gilberto Davanço Neto, 129.

Auditoria Pública - a importância da auditoria no setor público

Luciana Lobo de Miranda, 138.

Testamento vital sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro

Thaís Eduarda de Oliveira, 153.

A responsabilidade pela ausência da qualidade do produto na relação de consumo no contexto social

Reinaldo Gomes De Miranda, 173.

Especificação da Lactose na Embalagem de Medicamentos: Aplicação do Código de Defesa do Consumidor e Garantias Constitucionais

Fernanda Nascimento da Silva, 197.

Considerações sobre o projeto de lei que altera a Lei de Improbidade Administrativa (projeto de lei nº 10.887-a de 2018).

Silvio Luís Ferreira da Rocha, 208.

A (in) constitucionalidade do sistema de tarifação de danos implementados pela lei de reforma trabalhista

Renata Aparecida Borges Pereira da Silva Assumpção e Fernando Henrique Pereira Arcângelo, 216.

Organizações criminosas e risco à ordem pública segundo o discurso do STJ

Jair Antônio Silva de Lima, 225.

O direito ao Esquecimento no Poder Judiciário

Williann Georgi, 241.

MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM – MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS OPERAÇÕES DE PERMUTA PARA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS.

REMO HIGASHI BATTAGLIA: Advogado com atuação na área do direito médico-hospitalar, Sócio Fundador do escritório Battaglia & Pedrosa Advogados www.bpadvogados.com.br. Pós-graduado em Direito Tributário pela PUC e em Direito Societário pela FGV. Especialista em Gestão Estratégica de Projetos – INSPER/SP e Negociação (Program on Negotiation) – Harvard Law (Cambridge USA). Mestrando em Direito dos Negócios pela FGV LAW – Faculdade Getúlio Vargas.

No contexto dos contratos de permuta imobiliária, tendo como objeto o terreno para construção de empreendimento, o presente texto tem por escopo discorrer sobre meios alternativos para solução de conflitos quanto há crises no cumprimento de obrigações nos contratos de operações imobiliárias, notadamente quando há inadimplemento nos contratos de permuta de imóveis entre proprietários de terreno (“terrenistas”) e incorporadoras. A mediação e arbitragem são procedimentos extrajudiciais de composição de conflitos que trazem vantagens importantes em prol do desenvolvimento deste segmento da economia, trazendo confiança aos investidores ao vislumbrarem que há uma via alternativa à judicialização do litígio.

A demanda imobiliária vem crescendo ao longo dos anos com maior aceleração nos centros urbanos por força do próprio desenvolvimento das cidades e crescimento demográfico. Mesmo com alguns intervalos causados por crises econômicas, vê-se que, diante da pandemia da Covid-19, a indústria imobiliária apresenta números positivos em larga oferta de novos empreendimentos residenciais, a exemplo do que ocorre atualmente na Cidade de São Paulo.

Nas últimas décadas, a legislação também contribuiu para o desenvolvimento econômico do setor, tal como do programa “Minha Casa, Minha Vida” para a população de baixa renda e, também, com o advento da Lei 9.514/1997, que introduziu o instituto da alienação fiduciária de coisa imóvel, dinamizando as garantias do crédito imobiliário e simplificando a forma de cobrança, além da rescisão por inadimplemento do comprador e retomada da posse do bem imóvel. Também instituiu a securitização de créditos imobiliários mediante a emissão de CRI – Certificado de Recebíveis Imobiliários, fomentando o setor.

A captação de recursos para empreendimentos imobiliários se popularizou como uma nova forma de investimento, no qual o investidor tem a opção de participar de operações de grande porte, inclusive com benefícios fiscais e maior liquidez, por meio dos FUNDOS DE INVESTIMENTO IMOBILIÁRIO (FII). Com mais crédito disponível a um menor custo de captação, várias incorporadoras aumentaram seu volume construtivo; o que repercutiu também nas diversas fusões e aquisições das empresas do setor e movimentos de abertura de capital na bolsa de valores destas companhias (IPO).

Neste contexto, o presente texto visa analisar a pertinência das cláusulas que podem ser pactuadas entre as partes contratantes que prestigiam a obrigação de negociar, como (i) a cláusula de HARDSHIP; (ii) o aceite das partes em se submeterem ao procedimento de mediação com vistas a buscar um acordo sobre a questão conflituosa; (iii) e, finalmente, a convenção da arbitragem como forma de resolver o impasse obrigacional que dependerá do julgamento do árbitro no curso de um processo próprio.

Nas operações de permuta de bens imóveis há um descompasso temporal entre a transferência da propriedade do terreno onde será erigido o empreendimento imobiliário, (o que ocorre antes do lançamento das unidades habitacionais para venda ainda na planta) e o recebimento pelo vendedor da área construída em permuta, geralmente no próprio terreno, o que se dará no futuro com o cumprimento da obrigação principal pela incorporadora de construir as unidades e áreas conforme o projeto arquitetônico.

Não se pode perder de vista que a estruturação de um empreendimento imobiliário seja para loteamento de área, seja para a construção de edifícios residenciais e/ou comerciais, incluindo-se nisto os mais modernos empreendimentos que conjugam prédios residenciais com escritórios e centros comerciais, demandam uma estrutura de contratos com cláusulas suspensivas e resolutivas por força dos elementos externos e intrínsecos que podem impedir ou alterar o curso do projeto a ser desenvolvido, razão pela qual os contratos celebrados perpassam pelo contrato preliminar (opção de compra com exclusividade e compromisso particular de compra e venda/permuta) até o contrato principal e definitivo de transferência da propriedade (escritura pública de transferência aliado a instrumento de confissão de dívida, escritura complementar de dação em pagamento e contratos de garantia com terceiros – Bancos/Seguradoras).

São comuns crises no cumprimento das obrigações contratuais diante de uma universalidade de condições a serem avaliadas e superadas, não só com relação aos elementos comerciais mas também jurídicos e, assim, busca-se cada vez mais importar experiências de cláusulas e modelos contratuais de outras áreas do direito e jurisdições anglo-saxônicas (contract law) que tragam soluções jurídicas para composição de controvérsia entre as partes como alternativa à resolução contratual, afinal estas operações são de longo trato de modo que os instrumentos contratuais deverão regular mecanismos

de composição e até ajuste de preço na hipótese de fato superveniente capaz de alterar as condições comerciais iniciais.

Fatores imprevisíveis podem resultar na perturbação do cumprimento contratual e excepcionalmente reclamar a revisão do trato, seja pela teoria da onerosidade excessiva, seja por menos, pois o desequilíbrio contratual que altere o sinalagma do pacto pode ensejar a renegociação sem a necessidade da presença concomitante de todos os requisitos como (i) advento de obrigação excessivamente onerosa;(ii) com repercussão de extrema vantagem para outra parte; (iii) por fato extraordinário e imprevisível, segundo sustentado por Judith Martins Costa (p. 218/219, Crise e perturbações no cumprimento da prestação):

“Ademais para os contratos sinalagmáticos, o art. 478 (NCC) não ampara a revisão ou qualquer forma de acomodação do contrato às circunstâncias. Sequer as tentativas de, por via hermenêutica, obviar o requisito da extrema vantagem, poderiam auxiliar a encontrar uma solução para o caso de ambas as partes do contrato virem a sofrer excessiva onerosidade em razão do fato da pandemia. A regra resolutiva tem por finalidade proteger o devedor, por meio da inserção, no sistema jurídico, da relevância econômica da prestação e distribuição do risco entre as partes, o que significa dizer que, se ultrapassada a álea normal – estabelecida pelo sinalagma ligado ao tipo ou convencionada pelas partes – e observados os demais requisitos legais, nasce o direito formativo extintivo.”

É salutar a previsão contratual que regule o tratamento em caso de alterações significativas capazes de tornar a conclusão do negócio imobiliário menos satisfatório ou com impacto negativo substancial naquilo que foi inicialmente considerado na formação do pacto. Dependendo da magnitude da causa adversa, as partes terão a prerrogativa de não concluir a operação, ou renegociar à luz do princípio da boa-fé contratual.

Nesta linha de raciocínio, a convenção de cláusula HARDSHIP representa também uma opção adicional de cláusula cujo mecanismo busca evitar a rescisão contratual, partindo da premissa de preservação do sinalagma; repartição dos custos do fato superveniente; e renegociação como modo de readaptar as partes sem desfazer o negócio.

Na cláusula HARDSHIP a obrigação é de renegociar quando há uma situação superveniente que impacta no contrato de permuta, isto é, frente a um fato ou condição concreta em que as partes definiram contratualmente como gatilho para cumprir a obrigação mútua de renegociar, logo o inadimplemento é o descumprimento do dever de negociar em uma pauta procedimental como a mediação, e não necessariamente a

obrigação de chegar-se a uma composição efetiva, cujo inadimplemento, se caracterizado, implementa a omissão na obrigação de fazer, e conseqüentemente favorece a parte prejudicada a pleitear os consentâneos contratuais. Observe-se que a cláusula HARDSHIP se apresenta em linha com a legislação pátria no aspecto de balizar os atos jurídicos pelo princípio da boa-fé .

“Quando as partes preveem o dever de negociar antes de qualquer outra solução, constitui-se o direito subjetivo a exigir, desde logo, a renegociação. Esta pode ser pedida tanto pela parte que sofre o hardship quanto pelo seu cocontratante, interessado na manutenção da relação contratual.”

O descumprimento contratual do dever de negociar, se previsto em contrato, se caracteriza pela violação do dever de buscar uma composição amigável, isto é a recusa de buscar a superação dos impasses, mesmo que esta recusa venha disfarçada de desídia e propostas inaceitáveis no contexto do negócio em pauta.

A culpa pela parte infratora ao violar a obrigação de fazer acima apontada pode resultar efeitos jurídicos importantes, como o inadimplemento definitivo e assim constituir o direito de rescisão contratual por justa causa a ser suscitado pela parte prejudicada.

Na negociação para busca de uma composição, as partes devem ponderar as alternativas que cada uma delas possui para tomar a decisão de ceder e chegar a um acordo em detrimento de um julgamento futuro e incerto. BATNA (*best alternative to negotiate agreement*) é um termo utilizado no qual a parte deve ponderar qual a melhor alternativa na defesa do seu interesse em relação à proposta de acordo eventualmente negociada, isto é, se a alternativa ao acordo for menos vantajosa ou traz riscos não admissíveis, a via da composição amigável deve prevalecer.

“When we turn to thinking about how a negotiator can satisfy her or his interests, a critical question is what the negotiator could do in the abstinence of a negotiated agreement. That is, if the negotiation fails, what will each negotiator do – what are the alternatives to agreement or possible “walkaway” courses of action. By definition, an alternative to agreement must be a course of action that the negotiator can implement without the consent of the other negotiator. In trying to negotiate a resolution of a business dispute, for example, one party’s alternatives might include doing nothing, suing the other party, trying to sell out to a third party, holding a press conference, and so on.

Since a negotiator unable to reach agreement will have to choose one of his or her various alternative to pursue, a key question is

which one. Among the various alternative courses of action a negotiator could pursue, which would best satisfy that negotiator's interests. This alternative is commonly referred to as negotiator's best alternative to a negotiate agreement, or BATNA."

Há técnicas de negociação para serem aplicadas na mediação, cujo procedimento será desenvolvido por meio de reuniões e conversas entre as partes organizadas e controladas por um mediador que terá como objetivo aproximar os interesses e reduzir as diferenças de entendimento entre partes, com o objetivo de buscar a transação.

Imperioso a prévia preparação da estratégia, com perguntas táticas para colher informações e entender o que cada parte de fato deseja, principalmente o que é prioridade para cada uma e o que é negociável como "moeda de troca" para que ser objeto de barganha. Na negociação distributiva há instrumentos para que haja compensações futuras como forma de concluir a fase negocial, a exemplo da convenção de cláusula de "earn-out" (originado nos contratos de M&A – *merge and aquisição*), na qual as partes estabelecem um gatilho para o cumprimento de obrigação futura, geralmente uma compensação financeira, em caso de implementação de um evento futuro positivo.

Seja durante a fase inicial da negociação do contrato de permuta ou em caso de renegociação no seu curso, a cláusula de *earn-out* pode ser empregada, por exemplo, para que em caso de sucesso no volume de vendas (fluxo de vendas na fase de lançamento do empreendimento imobiliário) das unidades habitacionais que serão construídas no terreno adquirido, o proprietário do terreno seja compensado com a antecipação de valores (chamada de "permuta financeira"). Outra hipótese a ser considerada é a contratação da cláusula de *earn-out* estipulando-se um prêmio ou ajuste de preço do terreno caso o VGV (valor geral de vendas) do empreendimento seja majorado por aspectos positivos do mercado, ou seja, negocia-se um prêmio em favor do vendedor-terrenista condicionado ao fluxo de vendas e majoração do preço dos imóveis, de sorte que haverá um acréscimo no preço do terreno desde que a projeção financeira da incorporadora também aumente, tudo como forma de viabilizar as condições comerciais entre as partes.

"Mecanismos de *earn-out* podem e devem ser utilizados como uma forma de auxiliar comprador e vendedor na definição do preço da operação em determinados casos, por permitir um maior equilíbrio entre os riscos e expectativas de cada uma das partes quanto ao negócio em si."

Os permutantes também podem prever o instituto da arbitragem como o meio pelo qual, em caso de controvérsia sobre o negócio jurídico sobre direito patrimonial disponível, as partes resolvam com o uso deste procedimento extrajudicial cuja análise e decisão caberá a um ou mais árbitros em sede de uma Câmara Arbitral escolhida pelas

partes, com regras procedimentais pré-definidas. Para tanto, tudo se inicia, como é cediço, com a estipulação voluntária da cláusula compromissória, indicando a arbitragem e a respectiva Câmara no próprio contrato de permuta, o que significa que as partes elegem antecipadamente que em caso de conflito a forma de solução se dará pelo procedimento da arbitragem ao invés da justiça comum estatal, segundo regulado pela lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem). Esta modalidade veda o direito das partes de ajuizarem demanda na justiça estatal sobre questões relacionadas ao negócio jurídico se a arbitragem foi pactuada.

Adicionalmente o regimento interno da câmara arbitral escolhida também trará suas próprias regras procedimentais, como a indicação e escolha dos árbitros (de um ou três árbitros). A imparcialidade e independência dos árbitros é fundamental sob pena do procedimento vir a ser anulado (art. 32 da Lei de Arbitragem), razão pela qual a análise e verificação de ausência de conflito de interesse entre as partes e os árbitros deve ser perquirido rigorosamente.

Considerando que a sentença arbitral constitui uma decisão terminativa e irrecurável do conflito, com força de coisa julgada, a justiça comum poderá ser acionada apenas na fase de execução da decisão arbitral, na hipótese de não cumprimento voluntário pela parte sucumbente.

Objetivamente as duas grandes vantagens pela escolha da arbitragem é a rapidez na solução do conflito e o sigilo do procedimento. A rapidez porque as etapas de apresentação dos argumentos e provas são céleres e respeitam uma agenda pré-definida, admitindo-se perícia se necessário for, o que por via de consequência apresenta uma previsibilidade mais acurada que a justiça comum, inclusive por conta da irrecorribilidade da decisão arbitral de modo que com o julgamento da questão controversa, somente caberá eventual esclarecimento sobre a decisão sem efeitos infringentes.

Nos contratos de permuta, principalmente na fase de prestação de contas para pagamento da permuta financeira (parcela de pagamento do terreno em pecúnia) e, também, na fase de entrega das áreas construídas (permuta física) pode ser palco de cumprimento de obrigação de forma diversa da originalmente contratada por diversas razões técnicas e inclusive intercorrências supervenientes. É justamente neste ponto que o conflito de interesse emerge, pois pelo lado da incorporadora/construtora a tese do adimplemento substancial lhe favorecerá para justificar que eventuais diferenças no objeto da prestação obrigacional não é suficiente para caracterizar o seu inadimplemento contratual. Se questões desta natureza forem levadas para a justiça comum, o tempo para concluir a prestação jurisdicional e se obter um julgamento definitivo pode demorar anos, enquanto na arbitragem tal impasse será abreviado consideravelmente.

Nos casos mais graves que levam à ruptura do contrato de permuta em ações de rescisão contratual, a demora para encerrar o processo judicial com o trânsito em julgado

é pernicioso, pois até lá o bem imóvel em discussão não poderá ser comercializado com terceiros até que haja a sua respectiva liberação judicial para que este se torne disponível à venda ou permuta novamente.

A confidencialidade do procedimento arbitral é objeto de convenção entre as partes, o que geralmente é estabelecido, e neste sentido representa um benefício quando se trata de sociedades empresariais cuja proteção das informações que possivelmente são reveladas pelas provas produzidas no curso do processo pode gerar prejuízos de outra ordem, como na esfera reputacional, além da revelação de estratégias de mercado, práticas comerciais, divulgação de preço envolvido no negócio e a exteriorização do próprio contrato celebrado entre as partes.

O lado negativo a ser sopesado é o custo deste tipo de procedimento. A depender da câmara de arbitragem escolhida na cláusula compromissória, os encargos financeiros como as taxas da instituição e os honorários dos árbitros pode representar uma barreira para uma das partes buscar a solução de eventual controvérsia, por isso recomenda-se analisar previamente os custos da câmara de arbitragem indicada no contrato, até porque a sua convenção importará no efeito vinculativo o que impede a parte de ajuizar demanda na esfera estatal, justiça comum, afinal, como já dito, este será o método escolhido para solução do conflito depois de assinado o compromisso arbitral.

Uma via alternativa para a parte que tem seu direito violado e não possui recursos financeiros para arcar com as despesas inerentes de um procedimento de arbitragem é um sistema já utilizado no exterior conhecido como "THIRD PARTY FUNDING", o que representa o financiamento por terceiro que não é parte no processo como uma instituição financeira que custeará as despesas em contrapartida de um benefício futuro, como o êxito da demanda. Porém, certamente questões relevantes como o dever de sigilo e a ausência de conflito de interesse do financiador com os árbitros deverão também ser observados.

Por fim, mais um elemento atrativo é a possibilidade de se obter medidas decisórias urgentes na arbitragem, assim como ocorre nas liminares judiciais, pois as partes podem se socorrer de medidas urgentes por meio do árbitro de emergência, cujo procedimento é célere com vistas a dar uma resposta imediata a uma tutela de urgência, cuja decisão será posteriormente referendada pelo árbitro nomeado para conduzir o procedimento regular de arbitragem. A previsão deste instituto está nos regimentos das Câmaras de Arbitragem o que inclusive também é matéria de opção pelas partes contratantes quando da convenção da cláusula de arbitragem.

"O árbitro de emergência, em regra, é designado pela própria instituição arbitral e tem jurisdição, exclusivamente, para o exame de medidas urgentes. Instituído o tribunal arbitral, exaure-se a jurisdição emergencial, que, por natureza, é provisória e precária. O painel nomeado poderá, então, confirmar, modificar ou mesmo revogar a tutela

anteriormente deferida, tal e qual ocorre no caso de tutela de urgência antecedente deferida pelo Poder Judiciário, a teor do artigo 22-B da Lei de Arbitragem [2]. Significa dizer que as decisões do árbitro de emergência não são decisões finais, mas de natureza meramente provisória.”

Em conclusão, os institutos de resolução de conflito extrajudicial de caráter patrimonial são de extrema importância também no mercado imobiliário, o qual importou arranjos contratuais e institutos jurídicos de outras áreas do direito para viabilizar formas mais eficientes de resolução de controvérsias em prol do desenvolvimento econômico, além de trazer segurança jurídica para os empreendedores que passam a investir mais em empreendimentos imobiliários por compreenderem que há formas céleres de solução de conflito em comparação à Justiça Comum Estatal.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE A PRISÃO ILEGAL

JHONATA BIGAS: Bel. em Direito (UNIARP), Téc. em Informática (SENAI). Certificado em diversos cursos pela ENAP, Senado Federal, Academia Nacional de Polícia, TCU, ENDC, CGU, Stanford e ONU. Pesquisador nas áreas de Direito público e Gestão Pública, Servidor Público Municipal.

RESUMO: O presente trabalho visa deslumbrar s tema "Responsabilidade Civil do estado em face da prisão ilegal", iniciando desde a conceituação do direito à liberdade, sendo esse já um direito natural, o qual já nasce com o homem, garantido desde Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como em nossa Constituição Federal de 1988, direito este que é considerado o segundo mais importante na vida do ser humano, apenas atrás do direito à vida. Passando pela conceituação de prisão, e seus tipos, e limitações para que sejam cumpridas. Explanando ainda a responsabilidade civil conforme legislação vigente, e a responsabilidade civil do estado em específico. O Estado tem o dever legal de indenizar quem tiver sido preso ilegalmente, sendo expressamente exposto em nossa legislação. Serão também explanados alguns julgados sobre o tema de diferentes comarcas e tribunais do país. Por fim será apresentado a conclusão do conteúdo exposto.

Palavras-Chave: Liberdade, Prisão, Responsabilidade civil, Estado.

ABSTRACT: The present work aims to dazzle the theme "Civil liability of the state in the face of illegal imprisonment," starting from a conceptualization of the right to freedom, which is already a natural right, which is already born with man, guaranteed by the Universal Declaration of Human Rights, as well as in our Federal Constitution of 1988, right that is considered the second most important in the life of the human being, only behind the right to life. Going by conceptualization of imprisonment, and its types, and limitations to be fulfilled. Also explaining a civil liability according to current legislation, and a civil liability of the state in specific. The State has a legal duty to indemnify anyone who has been illegally arrested and is expressly set out in our legislation. Will also be explained some judges on the subject of different counties and courts of the country. Finally a conclusion of the exposed content will be presented.

Keywords: Freedom, Prison, Liability, State.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Conceito; 2.1 – Liberdade; 2.2 – Prisão; 3 – Responsabilidade Civil; 3.1 – Responsabilidade Civil Do Estado; 4 – Dever Do Estado Indenizar; 5 – Conclusão; 6 – Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre o tema Responsabilidade Civil do estado em face da prisão ilegal, iniciando desde o conceito de liberdade, sendo este ainda dado pelo direito natural, e estando presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como em nossa Constituição Federal de 1988, presente nesta Carta Magna também, alguns requisitos acerca da prisão, servindo como base para outras leis que versam o sobre aquela, sendo apresentado ainda algumas definições dadas por renomados doutrinadores sobre o tema. Também será abordado a responsabilidade civil, bem como sua disposição legal no código brasileiro, em específico os artigos que tratam sobre isso, e a Responsabilidade Civil do Estado, explícita ainda em nossa Magna Carta, e também no Código Civil. Serão explanados ainda julgados de diferentes comarcas do país, e por fim apresentar-se-á conclusão e referências.

2. CONCEITO

2.1. Liberdade

Sendo um direito natural, o qual já nasce com o ser humano, a liberdade, é segundo direito mais importante na vida de uma pessoa, permanecendo apenas atrás do direito à vida, tão importante quanto esse, é a liberdade que essa pessoa tem de se locomover para onde quer ou deixar de ir. Sendo liberdade um direito indispensável a vida do ser humano que foi esta explícito diversas vezes na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹ e na Constituição Federal de 1988², e constituições de diversos outros países que adotam o regime de Estado Democrático de Direito.

Segundo Lima:

A liberdade de arbítrio é fundamental, pois tem sua raiz na natureza espiritual da alma humana. Numa biblioteca, não sou obrigado a ler tal livro. Depois que examinar o catálogo, escolho livremente ler determinada obra. Na vida diária, o homem sente-se obrigado a cumprir certos atos e abster-se de outros. Esse sentimento de obrigação supõe a liberdade de cumprir e não cumprir. As pessoas são obrigadas a praticar a justiça, porque podem não a cumprir, mas não são obrigadas a digerir, porque não são livres para não digerir. Atribui-se a todo o homem sadio determinada cota de

1 Art. 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

2 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: (BRASIL, 1988).

responsabilidade. Só pode alguém responder se seus atos são livres e na medida em que são livres. Suprimida a liberdade, suprime-se também a responsabilidade.

2.2. Prisão

Ao cometer um delito, sendo esse definido por lei anterior, a pessoa está sujeita a sanções, impostas pelo Estado, o qual é detentor do Direito de Punir Jus puniendi. Sanções muitas vezes essas que atentarão contra a liberdade daquela pessoa. Também explícito em nossa Magna Carta, a prisão atende à princípios constitucionais³.

Nesse sentido, Mirabette entende que:

A prisão, em sentido jurídico, é a privação de liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou ordem legal. Entretanto, o termo tem significado vários no direito pátrio, pois pode significar a pena privativa de liberdade (“prisão simples” para o autor de contravenções, “prisão” para crimes militares, além do sinônimo de “reclusão” e “detenção”), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos os seus sentidos, nada impede se utilize os termos captura e custódia, com os significados mencionados em substituição ao termo prisão. Também se faz distinção das espécies de prisão no direito brasileiro: a prisão-pena (penal) e a prisão sem pena (processual penal, civil, administrativa e disciplinar)⁴.

Resumidamente, Capez define prisão como a privação da liberdade de locomoção, em virtude de flagrante delito ou determinada por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente⁵.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL⁶

³ LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (BRASIL, 1988).

⁴ MIRABETTE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006. p. 261.

⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 301.

⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art’s. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados

A responsabilidade está relacionada com uma sanção que tem como pressuposto uma infração ou um ato ilícito, sendo isso baseado na teoria do risco, nesse caso é irrelevante a conduta do agente, sendo suficiente a existência do dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano, sendo que esse dano deve ser reparado independentemente de culpa⁷.

Segundo Quirino:

Desde os primórdios das civilizações antigas há a ideia de reação a uma ofensa e, por conseguinte, a responsabilização por um dano causado, levando a restauração do equilíbrio moral e patrimonial desfeito, buscando não prejudicar o outro. Tal tendência na sociedade é no sentido de não haver vítima de dano sem sua devida reparação. Isso reflete diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que tem proporcionado um fenômeno de expansão dos danos suscetíveis de indenização. Desta forma, a responsabilidade civil constitui um dos temas de maior relevância jurídica da atualidade por sua surpreendente evolução e disseminação nas relações humanas e sociais, e, por isso, sua repercussão em todos os ramos do direito.

3.1. Responsabilidade Civil do Estado

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a extensão da responsabilidade civil do Estado, no seu parágrafo 6º do artigo 37:

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

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito

em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002).

7 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988).

A responsabilidade descrita é objetiva, tendo em vista que não precisa provar a ocorrência do dano, somente a relação de causalidade entre aquele e seu causador. Desta forma, a culpa do Estado é decorrente do ato lesivo da Administração. Tendo a vítima comprovado o fato danoso e injusto decorrido de ação ou omissão do agente estatal para que o Estado seja obrigado a indenizar o dano causado.

Exemplificando:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. ERRO JUDICIÁRIO. FALHA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA IDENTIFICAÇÃO DO VERDADEIRO MELIANTE. AUTOR FICOU 112 (CENTO E DOZE) DIAS EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DATILOSCÓPICA. SENTENÇA DE PROCEDENCIA.

Afastada a tese de cerceamento de defesa. 2- A prova oral requerida, não tem qualquer pertinência para o deslinde da causa, uma vez que não se está discutindo abuso de autoridade por parte dos policiais que cumpriram a ordem de prisão, mas a própria prisão do demandante. 3- Não configura cerceamento de defesa a sentença que apreciou o mérito da demanda com base no art. 330, I, do CPC. 4- Rejeição da preliminar. 5- Autor preso por ordem do Juiz da Vara Criminal, como condenado na ação penal pela prática de crime de roubo, ficando encarcerado na penitenciária por 112 dias. 6- O verdadeiro criminoso, ao ser apreendido em flagrante, teria se apresentado com o nome do demandante, sem que apresentasse documento de identificação aos policiais. 7- A responsabilidade do Estado é objetiva, nos termos do art. 37, §6º, da CRFB/88, tendo em vista que os danos causados ao Autor foram praticados diretamente pelos agentes públicos envolvidos no ato de identificação criminal, não ocorrendo, na hipótese, erro judiciário em sua essência. 8- Inescusável falha no serviço da autoridade policial, que não agiu com a cautela que lhe era devida, pois diante do meliante preso em flagrante, acreditou na informação de que seu nome seria Antônio Ferreira Neto (nome do demandante), sem realizar pesquisa para averiguar a fidedignidade de tal afirmação. 9- Prova pericial datiloscópica suficiente o bastante para comprovar que o Autor não participou do delito pelo qual foi preso. 10- Fato, dano e nexos causal demonstrado. 11- Incontestável o dever de indenizar do Estado. 12-

Dano moral razoavelmente arbitrado na sentença em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 13- Juros a partir da data do evento danoso, de acordo com o art. 398 do Código Civil c/c Súmulas nºs. 43 e 54 do STJ e Correção Monetária, sempre arbitrada em moeda corrente, nos índices da Corregedoria Geral de Justiça, a partir da publicação da sentença, de acordo com a Súmula 97 do TJ/RJ e 362 do STJ. 14- DESPROVIMENTO DO RECURSO.

AC nº 0004888-17.2009.8.19.0026 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 1ª Ementa Des(a). TERESA DE ANDRADE CASTRO NEVES - Julgamento: 01/06/2016 - SEXTA CÂMARA CÍVEL.

Julgado do Tribunal de Justiça do Piauí:

APELAÇÃO CÍVEL - PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PRISÃO ILEGAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - DEVER DE INDENIZAR - DANO MORAL CONFIGURADO.

A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados aos particulares no exercício da atividade pública é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, respondendo aquele pelos danos a que os seus agentes derem causa, seja por ação, seja por omissão, em razão da adoção da teoria do risco administrativo pelo ordenamento jurídico. 2. Constatada a ilegalidade da prisão, exsurge o dever de indenizar os danos morais sofridos, segundo os critérios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. O valor a ser arbitrado, a título de dano moral, deve guardar correspondência com o grau de culpa para a ocorrência do evento, a extensão do dano experimentado e as condições pessoais das partes envolvidas. 4. Recurso não provido, à unanimidade.

(TJ-PI - REEX: 00030804720138180031 PI 201400010052230, Relator: Des. Raimundo Nonato da Costa Alencar, Data de Julgamento: 22/03/2016, 4ª Câmara Especializada Cível, Data de Publicação: 31/03/2016).

4. DEVER DO ESTADO INDENIZAR

O dever do Estado Indenizar tem fulcro na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos LVII, LXV e LXXV8), bem como nas legislações a seguir mencionadas.

Segundo o Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º A indenização não será devida:

a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;

b) se a acusação houver sido meramente privada. (BRASIL, 1941).

Segundo o Código Civil Brasileiro:

Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal:

I - O cárcere privado;

II - A prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé;

III - A prisão ilegal. (BRASIL, 2002).

O Supremo Tribunal de Justiça, assim se manifestou:

8 Art. 5º. [...]

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; [...]

LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (BRASIL, 1988).

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRISÃO ILEGAL. DANOS MORAIS.

O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por atuação dos seus agentes, pratica contra o mesmo, prisão ilegal. 2. Em caso de prisão indevida, o fundamento indenizatório da responsabilidade do Estado deve ser focado sobre o prisma de que a entidade estatal assume o dever de respeitar, integralmente, os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão, especialmente, o de ir e vir. 3. O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. 6.

Recurso especial provido (REsp. n.º 220.982/RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. 22/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 116).

De acordo com STOCO:

Deve representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, capaz de neutralizar ou 'anestesiá-la' em alguma parte o sofrimento impingido. A eficácia da contrapartida pecuniária está na aptidão para proporcionar tal satisfação em justa medida, de modo que tampouco signifique um enriquecimento sem causa da vítima, mas está também em produzir no causador do mal impacto bastante para dissuadi-lo de igual e novo atentado. Trata-se, então, de uma estimativa prudencial [...] A composição do dano moral causado pela dor, ou o encontro do 'pretium doloris' há de representar para a vítima uma satisfação, igualmente moral, ou seja, psicológica, e uma compensação pela perda de um bem insubstituível. 9

5. CONCLUSÃO

9 STOCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995. p. 491-492,

A liberdade é um direito disponível, o qual já nasce com o próprio homem, sendo considerado o segundo mais importante na vida dos seres humanos, estando apenas atrás do direito à vida. O direito à liberdade é um dos direitos mais discutidos e tutelados pelas legislações em países regidos pelo regime de estado democrático de direito, aparecendo desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como em nossa Constituição Federal de 1988, sendo que esta última aparece como garantia a direito fundamental a toda sociedade.

O ser humano, que vive em sociedade está sujeito a sanções impostas pelo Estado, principalmente no que tange ao direito penal, este ser humano, ao cometer um delito previamente tipificado como lei, está sujeito a estas sanções impostas pelo estado, destas sanções muitas delas, é a prisão, que segundo a doutrina majoritária, é a privação do convívio em sociedade daquele que coloca em risco a ordem pública, e por isso, há a necessidade mantê-lo segredo, em detrimento do direito coletivo.

Porém o Estado, pode cometer erros, sendo esses durante a fase administrativa, durante o inquérito policial, bem como na fase judicial, e vindo a prender ilegalmente uma pessoa, sendo o Estado responsável pelos eventuais danos que seus agentes vieram a causar em suas respectivas funções estatais, sendo isso explanado em nossa Constituição Federal, também explico em nossa magna carta, que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada, assim que comprovada a irregularidade. Exposto em legislação complementar, em específico no Código Civil brasileiro, que o Estado deve indenizar qualquer dano praticado por seus agentes, incluindo a prisão ilegal. Sendo assim resta ao Estado, indenizar aquela pessoa, que por omissão voluntária, negligência ou imprudência do Poder Público, ficou segregado e por consequência disso foi privado de um importante direito seu, o direito à liberdade.

6. REFERÊNCIAS

ALVARENGA. Letícia. **A prisão ilegal e a responsabilidade civil do Estado**. Disponível em: <<https://leticiaalvarenga93.jusbrasil.com.br/artigos/301967610/aprisao-ilegal-e-a-responsabilidade-civil-do-estado>>. Acesso em: 06/03/2018.

AMARAL. Sylvia Maria Mendonça do. **Prisão ilegal: a responsabilidade civil do estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2273/prisao-ilegalaresponsabilidade-civil-doestadoeo-decorrente-dever>>. Acesso em: 06/03/2018.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 “Código de Processo Penal.”**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 “Código Civil”**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm#art186>. Acesso em: 06/03/2018.

LIMA. Máriton Silva. **Direito de liberdade**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9343/direito-de-liberdade>>. Acesso em: 06/03/2018.

MIRABETTE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006

QUIRINO. Arthur Henrique. **Prisão ilegal e Responsabilidade civil do Estado**. Faculdade Dinâmica do Vale Do Piranga, 2013. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj050116.pdf>> . Acesso em: 06/03/2018.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial**. 2ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

UNICEF. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 06/03/2018.

O PAPEL DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

WELLINGTON CACEMIRO:

Jornalista, pesquisador jurídico, graduado em Direito pela faculdade Multivix Cachoeiro Ensino, Pesquisa e Extensão Ltda. e pós-graduando em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmec/SP

YASMIN DO CARMO CACEMIRO¹⁰

(coautora)

RESUMO: A hipótese de utilização de normas tributárias como mecanismo destinado ao estímulo e implementação de políticas públicas, especialmente no âmbito da proteção ao meio ambiente, da concessão de incentivos para o desenvolvimento sustentável e na promoção de igualdade social, é uma pretensão notoriamente desejável, capaz de suscitar mudanças consideráveis, bem como acaloradas discussões. Neste sentido pretende o presente descortinar a análise dos temas elencados, considerando-os à luz dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

Palavras-chave: Direito Tributário; Políticas Públicas; Meio Ambiente; Desenvolvimento Sustentável; Igualdade Social.

ABSTRACT: The hypothesis of using tax rules as a mechanism to stimulate and implement public policies, especially in the context of protecting the environment, granting incentives for sustainable development and promoting social equality, is a notoriously desirable claim, capable of bring about considerable changes, as well as heated discussions. In this sense, the present intends to unveil the analysis of the listed themes, considering them in the light of the constitutional principles of contributory capacity and tax isonomy.

Keywords: Tax law; Public policy; Environment; Sustainable development; Social equality.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Constitucionalização do Direito Tributário. 2.1. Princípio da capacidade contributiva. 2.2. Princípio da isonomia tributária. 3. Direito tributário e proteção ao meio ambiente. 4. Tributação e desenvolvimento sustentável. 5. Tributos e promoção de igualdade social. 6. Considerações finais. 7. Referências.

¹⁰ Graduanda do Curso de Direito da faculdade Multivix Cachoeiro Ensino, Pesquisa e Extensão Ltda.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De muitas formas o estudo do Direito Tributário apresenta-se como oportunidade de discussão sobre o papel do Estado brasileiro. Aos críticos dos mecanismos vigentes e, em especial, daquilo que nominam como excessiva carga tributária, tem-se a chance de apresentar, por exemplo, a natureza indiscutível dos tributos como fonte de manutenção dos serviços prestados à sociedade, ressalvados eventuais excessos.

Aos defensores, por outro lado, pode-se rememorar que, em sua concepção originária, a natureza do gasto público, como preceitua a Constituição Federal de 1988, deve ter finalidade social, alcançando as mais diversas necessidades de seu povo.

Deixando de lado, contudo, as interpretações de uma ou outra corrente, fato é que a proposta de utilização do arcabouço tributário como instrumento ao estímulo e implementação de políticas públicas, especialmente no âmbito da proteção ao meio ambiente, da concessão de incentivos para o desenvolvimento sustentável e na promoção de igualdade social não chega a ser pretensão nova. Trata-se de concepção latente, inerente às justificativas que permeiam a criação de praticamente todos os tributos.

Para além de tal constatação, no entanto, pretende-se com o presente desnudar as melhores práticas, revelando as previsões em que efetivamente encontram-se escudadas.

Destarte, serão apresentadas, ao longo do texto, as prescrições normativas e suas interpretações doutrinárias, com especial atenção a análise do tema em tela sob a perspectiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

Longe de tentar esgotar o assunto, tenciona-se tão somente contribuir com o debate, demonstrando academicamente parte das possibilidades de efetivação da previsão legal.

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

Ensina o mestre Sacha Calmon Navarro Coêlho (2018, p. 35) que “o Brasil [...] inundou a Constituição com princípios e regras atinentes ao Direito Tributário”. Como preleciona, “somos, indubitavelmente, o país cuja Constituição é a mais extensa e minuciosa em tema de tributação”.

Não surpreende, portanto, que discutir a constitucionalização do Direito Tributário brasileiro seja parte introdutória da obra do autor, sendo, igualmente, necessário requisito para a pretensão de tentar compreender o Direito Tributário como mecanismo de estímulo às políticas públicas.

Como preleciona (2018, p. 44), “a Constituição brasileira, no Título VI, dedica o Capítulo I ao Sistema Tributário Nacional. A Seção I cuida dos Princípio Gerais”. Neste sentido, assevera o mestre que:

Principiando o tratamento constitucional, o art. 145 e seus três incisos dizem que as pessoas políticas ali enumeradas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – podem instituir três espécies de tributos: impostos, taxas e contribuições de melhoria. É que os impostos restituíveis (empréstimos compulsórios), as contribuições especiais (exceto as previdenciárias da União, Estados e Municípios e a estranha contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública de competência dos Municípios), os impostos extraordinários de guerra e os impostos residuais somente podem ser criados pela União Federal (arts. 148, 149, 149-A e 154, CF/88) (COELHO, 2018, p. 44)

Nota-se, por força da lição destacada, que, como aduz, “o artigo inaugural da Constituição – Capítulo do Sistema Tributário – [apresenta] a complexa problemática da repartição de competências tributárias na Federação”.

Como explica (p. 44-47), “de sua leitura podem ser extraídas três conclusões [...] importantíssimas”, a saber: a) “[...] várias são as pessoas políticas exercentes do poder de tributar [...]”; b) “o tributo é categoria genérica que se reparte em espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria [...]”; c) “[...] o constituinte declina expressamente os fatos jurídicos genéricos que podem servir de suporte à instituição das taxas [...] e das contribuições de melhoria [...]”, sendo que, “no que tange aos impostos, [...], o constituinte não declina fatos jurídicos genéricos autorizativos da instituição dos mesmos pelos legisladores das diversas ordens de governo”.

Válido destacar ainda que, como adverte (p. 48), “em princípio, a Constituição não cria tributos, simplesmente atribui competências às pessoas políticas para instituí-los através de lei (princípio da legalidade da tributação”.

Feitas tais considerações, cabe explicitar os que são os já citados princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

2.1. Princípio da capacidade contributiva

Informa o professor Roberto Caparroz (2019, p. 267) que “o princípio da capacidade contributiva é tão importante que consta do artigo inaugural do Sistema Tributário Nacional na Constituição”. Senão, vejamos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

§ 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

Destarte, nesta mesma linha, defende o mestre Hugo de Brito Machado Segundo (2019, p. 92) que “assevera a Constituição que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”. Lembra ainda o jurista que é “facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte (CF/88, art. 145, §1º)”.

Como bem ensina o doutrinador, “graduado conforme a capacidade econômica [...] quer dizer que o imposto deverá variar (ser maior, ou menor) conforme a capacidade do contribuinte de dispor de recursos econômicos. É o que se conhece por ‘princípio da capacidade contributiva’, ou seja, a aptidão para contribuir com o sustento do Estado”.

Trata-se de preceito tão relevante que, como exemplifica (p. 94), mesmo se o contribuinte revelar capacidade de contribuição, praticando um determinado fato gerador, mas inexistir lei prevendo a cobrança de tributos sobre o mesmo, não será possível ao intérprete aplicar o princípio da capacidade contributiva para cobrar o tributo não previsto em lei. “Deverá o legislador primeiro editar lei criando o tributo, para que depois a tal manifestação de capacidade contributiva possa ser validamente alcançada” (MACHADO SEGUNDO, 2019, p. 94).

Cabe ainda destacar, por lógico, que não pode ser acolhida a alegação de violação ao princípio da capacidade contributiva quando a parte executada não demonstra, nos autos, sua existência. Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência recente. Senão, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. VIOLAÇÃO. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. Não pode ser

acolhida a alegação de violação ao princípio da capacidade contributiva quando a parte executada não demonstra, nos autos, sua existência. EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. Na forma do artigo 6º, § 1º, da Lei nº 6.830, de 1980, a petição inicial da execução fiscal será instruída apenas com a Certidão de Dívida Ativa, não se exigindo a juntada de cópias do processo administrativo, que pode ser consultado pelo contribuinte na repartição competente, na forma do artigo 41 da referida Lei. MULTA. EFEITO CONFISCATÓRIO. Conforme entendimento jurisprudencial desta Corte, não é confiscatória a multa limitada a 20% e 30% valor do crédito tributário. EMBARGOS À EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. Não cabe não reconhecer nos autos da execução fiscal direito da parte devedora de opor embargos sem garantia integral do juízo, já que questão relacionada com a admissibilidade dos embargos cujo exame é privativo do juízo competente.

(TRF-4 - AG: 50050016220194040000 5005001-62.2019.4.04.0000, Relator: RÔMULO PIZZOLATTI, Data de Julgamento: 07/05/2019, SEGUNDA TURMA)

Observa-se, portanto, que, como evidencia o julgado supramencionado, inadmite-se não anuir nos autos do procedimento que a Administração Tributária brasileira utiliza para a cobrança judicial dos créditos públicos inscritos em dívida ativa direito da parte devedora de opor embargos sem garantia integral do juízo.

2.2. Princípio da isonomia tributária

Rememora o tributarista Luciano Amaro (2016, p. 161) que “a igualdade de todos perante a lei abre [...] o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos da Constituição (o art. 5º, caput, assegura que todos são iguais e garante a todos o direito à igualdade [...])”.

Trata-se tal interpretação de preceito basilar. Tanto que a jurisprudência contemporânea endossa tal entendimento. Exemplifica-se abaixo com um julgado recente.

RECURSO INOMINADO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DO IPVA. ISENÇÃO. PROTEÇÃO ESPECIAL PARA AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido.

(TJ-SP - RI: 00002914620218260266 SP 0000291-46.2021.8.26.0266, Relator: Jamil Chaim Alves, Data de Julgamento: 29/04/2021, 2ª Turma Cível e Criminal, Data de Publicação: 29/04/2021)

Assim sendo, como preleciona Amaro (p. 161), tal princípio é “particularizado, no campo dos tributos, pelo art. 150, II, ao proscrever a instituição de ‘tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”.

Destarte, no que concerne ao princípio da isonomia tributária, ensina que “esse princípio implica, em primeiro lugar, que, diante da lei ‘x’, toda e qualquer pessoa que se enquadre na hipótese legalmente descrita ficará sujeita ao mandamento legal”. Vale destacar ainda, como assinala, que “há um segundo aspecto a ser analisado, no qual o princípio se dirige ao próprio legislador e veda que ele dê tratamento diverso para situações iguais ou equivalentes”.

Por fim, assevera Amaro (2016, p. 162), com fulcro na lição clássica, que “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”.

Superadas tais ponderações, aprecia-se nos capítulos seguintes o problema que titula o presente ensaio.

3. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Defendem as analistas Thaís Soares de Oliveira e Beijaniczy Ferreira da Cunha Abadia Valim (2018, p. 144) que “o meio ambiente relaciona-se, intrinsecamente, à garantia do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, embora esteja constantemente vulnerado pelas práticas que desconsideram sua importância e finitude, seja no desenvolvimento das atividades econômicas, seja na escolha inadequada de cada membro da sociedade”.

Nesta linha de raciocínio, argumentam as pesquisadoras que “a figura do Estado regulador mostra-se relevante na busca da realização do comando constitucional para a promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento sustentável, não podendo afastar-se do seu dever como gestor ambiental” (OLIVEIRA; VALIM, 2018, p. 144).

Como explicam, “para tanto, cabe a este desenvolver o seu mister, por meio da utilização integrada das normas, já existentes e disponíveis, que regem sua atividade, e imprimir-lhes o valor ambiental”.

Neste sentido, asseveram que (p. 145) ser “certo que no Brasil já foi conferida uma singela conotação ambiental aos tributos já existentes – a título de exemplo, ICMS, IR, Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), ITR –, atribuindo efeitos extrafiscais que incorporam o elemento ambiental a esses tributos, com a finalidade de tutelar o meio ambiente e imiscuir uma progressiva consciência ambiental na sociedade”.

Para compreender melhor observe julgado recente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

TRIBUTÁRIO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. IPTU. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 32 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. LIMITAÇÃO AMBIENTAL AO DIREITO DE PROPRIEDADE. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IMPOSSIBILIDADE ABSOLUTA DE USO DA TOTALIDADE DO BEM PELO PROPRIETÁRIO. IMPACTOS TRIBUTÁRIOS DA NATUREZA NON AEDIFICANDI DE IMÓVEL URBANO. DIREITO TRIBUTÁRIO NO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO POLUIDOR-PAGADOR. EXTERNALIDADES AMBIENTAIS NEGATIVAS. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Segundo o Tribunal de Justiça de São Paulo, "o bem de propriedade do apelante se localiza em Área de Preservação Permanente (APP), de declividade e nascentes, bem como de vegetação de Mata Atlântica em estágio médio de regeneração, servindo de refúgio para espécies em extinção, impedindo-se, assim, seu uso e gozo e, por consequência, tais restrições ambientais descaracterizariam a incidência do IPTU, que vem sendo cobrado pela Municipalidade de Serra Negra". Acrescenta que, consoante o laudo pericial, as limitações ambientais "resultam na inexecutabilidade absoluta de uso pelo autor, não possuindo, portanto, qualquer edificação". 2. Quanto à questão jurídica de fundo propriamente debatida, afirma o Tribunal: "No que tange aos lançamentos de IPTU, cumpre elucidar que, em regra, o fato de estar, o imóvel, localizado em área de preservação permanente (APP), por si só, não afasta a incidência do tributo, vez que, ainda que existam algumas restrições ao direito de propriedade decorrentes do aspecto ambiental da função social da propriedade (limitação administrativa), é certo que, em geral, não há impossibilidade absoluta de uso e gozo da propriedade/posse, a não ser que haja comprovação nos autos do contrário. Foi o que ocorreu no caso." 3. O acórdão recorrido está lastreado em prova pericial, o que impõe a aplicação da Súmula 7/STJ. 4. Ainda que se considerasse superado o óbice dessa súmula,

a irresignação não mereceria prosperar. Nos termos do art. 32, caput, do CTN, o IPTU "tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel" na zona urbana. Leitura apressada do dispositivo poderia transmitir a equivocada impressão de serem redondamente estranhas considerações acerca de fundamentos ético-jurídicos subjacentes à conformação legal do IPTU, como a concreta impossibilidade de explorabilidade econômica lato sensu da inteireza e não de parcela do imóvel, em razão de restrições estatais (urbanísticas, ambientais, sanitárias, de segurança). 5. Como regra, limitação urbanística, ambiental, sanitária ou de segurança - de caráter geral e que recaia sobre o direito de explorar e construir, v. g., gabarito das edificações, recuo de prédios, espaços verdes, Áreas de Preservação Permanente - não enseja desapropriação indireta e não acarreta dever do Estado de indenizar, mesmo quando a condição non aedificandi venha a abranger, de ponta a ponta, o bem em questão, p. ex., aquele derivado de subdivisões sucessivas ou adquirido após o advento da restrição. Contudo, tal negativa de ressarcimento, apurada à luz do Direito das Obrigações e da principiologia de regência do Direito Público, não equivale a pintar de irrelevância jurídica - para fins tributários e de conformação do fato gerador do imposto - a realidade de total, rematada e incontroversa afetação do imóvel a utilidade pública. Ou seja, o titular de domínio (ou de fração dele) de área non aedificandi, apesar de não fazer jus à indenização pela intervenção estatal, merece ser exonerado do IPTU exatamente por conta desse ônus social, se, repita-se, cabal e plenamente inviabilizado o direito de construir no imóvel ou de usá-lo econômica e diretamente na sua integralidade. 6. Sobre a relação entre IPTU e Área de Preservação Permanente, o STJ já se pronunciou em outras oportunidades: "A restrição à utilização da propriedade referente a Área de Preservação Permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações. Aliás, no caso dos autos, a limitação não tem caráter absoluto, pois poderá haver exploração da área mediante prévia autorização da Secretaria do Meio Ambiente do município" (REsp 1.128.981/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 25/3/2010, grifo acrescentado). Em sentido assemelhado: "não

se pode confundir propriedade com restrição administrativa, pois esta não afasta o fato gerador do imposto e a titularidade para efeitos de tributação" (REsp 1.801.830/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 21/05/2019). Comparando a situação do ITR e do IPTU, confira-se: "o não pagamento da exação deve ser debatida à luz da isenção e da base de cálculo, a exemplo do que se tem feito no tema envolvendo o ITR sobre áreas de preservação permanente, pois, para esta situação, há lei federal regulando a questão. (artigo 10, § 1º, II, 'a' e 'b', da Lei 9.393/96)." (AgRg no REsp 1.469.057/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/10/2014). A jurisprudência do STJ, todavia, não há de ser lida como recusa de ponderar, na análise do fato gerador do IPTU e de outros tributos, eventual constrição absoluta de cunho ambiental, urbanístico, sanitário ou de segurança sobreposta sobre 100% do bem. Cobrança de tributo sobre imóvel intocável ope legis e, por isso, economicamente inaproveitável, flerta com confisco dissimulado. 7. O Direito Tributário deve ser amigo, e não adversário, da proteção do meio ambiente. A "justiça tributária" necessariamente abarca preocupações de sustentabilidade ecológica, abrigando tratamento diferenciado na exação de tributos, de modo a dissuadir ou premiar comportamento dos contribuintes que, adversa ou positivamente, impactem o uso sustentável dos bens ambientais tangíveis e intangíveis. 8. No Estado de Direito Ambiental, sob o pálio sobretudo, mas não exclusivamente, do princípio poluidor-pagador, tributos despontam, ao lado de outros instrumentos econômicos, como um dos expedientes mais poderosos, eficazes e eficientes para enfrentar a grave crise de gestão dos recursos naturais que nos atormenta. Sob tal perspectiva, cabe ao Direito Tributário - cujo campo de atuação vai, modernamente, muito além da simples arrecadação de recursos financeiros estáveis e previsíveis para o Estado - identificar e enfrentar velhas ou recentes práticas nocivas às bases da comunidade da vida planetária. A partir daí, dele se espera, quer autopurificação de medidas de incentivo a atividades antiecológicas e de perpetuação de externalidades ambientais negativas, quer desenho de mecanismos tributários inéditos, sensíveis a inquietações e demandas de sustentabilidade, capazes de estimular inovação na produção, circulação e consumo da nossa riqueza natural, assim como prevenir e reparar danos a biomas e ecossistemas. Um esforço concertado, portanto, que envolve, pelos juízes, revisitação e releitura de institutos tradicionais da disciplina e, simultaneamente, pelo

legislador, alteração da legislação tributária vigente. 9. Agravo Interno não provido.

(STJ - AgInt no AREsp: 1723597 SP 2020/0162489-2, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 29/03/2021, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/04/2021)

Importante destacar que tal pensamento encontra-se em consonância com posicionamento defendido por outros autores. As pesquisadoras Simone Grohs Freire e Vanessa Hernandez Caporlândia (2013, p. 14), por exemplo, afirmam que a “discussão acerca da harmonia possível entre o Direito Tributário e a Proteção Ambiental perpassa por uma releitura do direito tributário em si, a partir da compreensão de que o direito tributário não apenas cumpre uma função arrecadatória, mas também traz em si uma função extrafiscal”.

Para ambas (p.15), “esta função extrafiscal revela-se como importante instrumento de política pública vez que incentiva uma mudança de comportamento, seja pela concessão de benefícios ou incentivos, ou por outro lado pela concessão de desestímulos fiscais”.

Asseveram ainda que “há perfeita sintonia entre o direito tributário e a proteção ambiental, mormente porque a partir do direito tributário, sob um enfoque extrafiscal, [...] se torna possível implementar instrumentos que tutelem e efetivem o direito fundamental consagrado no artigo 225 da Constituição Federal” (FREIRE; CAPORLÍNGUA, 2013, p. 14).

Por fim, importante notar, como destaca Roberto Caparroz (2019, p. 396) que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou, por exemplo, sobre o papel da espécie tributária “contribuição” na formação de políticas públicas.

Como rememora o autor, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.556, definiu o STF que a citada espécie tributária autônoma, tal como reconhecida pela própria Corte, “caracteriza-se pela previsão de destinação específica do produto arrecadado com a tributação”.

Válido ainda assinalar, com fundamento na lição do professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta (2020, p. 338) que “o número de tributos ambientais atualmente existente no ordenamento jurídico brasileiro é bastante reduzido”.

Contudo, como assegura, “há uma razoável abertura no texto constitucional para a inserção de elementos ecológicos nas exações ordinárias, principalmente nos impostos”.

4. TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para os advogados Fernando Bortolon Massignan e Paulo Caliendo da Silveira (2017, p. 135) “o sistema constitucional brasileiro consagrou a promoção do desenvolvimento sustentável como dever tanto do Estado como da sociedade, repartindo entre as diversas partes a responsabilidade para sua consecução”.

Assim sendo, defendem os mesmos (p.136) que tal premissa consta devidamente explicitada no art. 225 da CF/88, “sendo que conjugada aos tratados internacionais que traçam rigorosas metas para o desenvolvimento sustentável, como vetor de concretização dos direitos fundamentais, vincula todas as partes do sistema, atribuindo novos deveres e direitos a serem cumpridos”.

Na mesma linha, a pesquisadora Vanessa Aparecida Costa Santiago (2013, p. 83) defende ser “necessário pensar que a utilização de tributos na defesa do meio ambiente pode provocar estímulos comportamentais na gestão de empresas e no hábito dos consumidores, na medida em que atinge a base do sistema capitalista”.

Destarte, aduz a autora que:

Sabe-se que o desenvolvimento sustentável busca exatamente harmonizar o desequilíbrio entre desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente, mas para isso é necessário que as externalidades ambientais sejam internalizadas; o ideal é obter um preço de mercado que incorpore cada fração de recurso utilizado, obedecendo ao Princípio do Poluidor Pagador. A tributação ambiental, como instrumento econômico de intervenção estatal, poderá aumentar a carga tributária sobre a degradação, variando as hipóteses de incidência, alíquotas e bases de cálculo, em função do grau de utilização ou degradação ambiental. As normas de direito tributário, portanto, têm caráter social e sua flexibilidade possibilita seu uso mais intenso na defesa do meio ambiente (SANTIAGO, 2013, p. 83)

Feita tal ponderação, remanesce ainda obrigação de complementá-la com fulcro na tese da autora (p. 84), para quem “em matéria ambiental a extrafiscalidade faz com que o emprego do tributo tenha objetivo não apenas fiscal, arrecadatário, mas também para que objetive estimular comportamentos das pessoas em direção às diretrizes estabelecidas pela política econômica, social, ambiental adotada pelo Estado”. Como aduz, visa-se com isto “influenciar no comportamento dos agentes econômicos, incentivando iniciativas positivas e desestimulando as nocivas ao bem comum”.

5. TRIBUTOS E PROMOÇÃO DE IGUALDADE SOCIAL

Prelecionam os mestres Aldo Aranha de Castro e Maria de Fátima Ribeiro (2014, p. 21) que “a função social do tributo busca propiciar a redução das desigualdades, tanto regionais quanto sociais e, somente com o atendimento a essa função, é que se torna possível a implementação das políticas públicas”.

Como argumentam, tais políticas públicas deverão “ocorrer por meio do Estado, que concederá incentivos, desde que de forma justa, ou seja, a partir do momento em que atua em respeito ao cidadão, beneficiando-o, e não onerando-o excessivamente”.

Nesta mesma linha argumentativa, o juiz federal Luiz Octavio Rabelo Neto (2011, p. 253-273) assevera que “o tributo deve ser utilizado como forma de contribuir para consecução dos objetivos fundamentais da República brasileira, com a efetivação de uma justa distribuição de riquezas, para que o desenvolvimento socioeconômico não seja uma prerrogativa de poucos e para que o bem-estar social seja uma garantia de todos, sem quaisquer discriminações odiosas”.

Pondera o magistrado ainda que “os tributos têm elevada potencialidade de proporcionar uma mudança social, o que ocorre, por exemplo, quando são utilizados como instrumentos de ação afirmativa, através da função extrafiscal destinada à promoção da igualdade”.

Tal posicionamento encontra correspondência na pesquisa dos advogados Priscila Anselmini e Marciano Buffon (2018, p. 226-258), para quem a “desigualdade de renda, bem como a má distribuição de recursos e riqueza presentes no Estado brasileiro, pode ser reduzida via tributação”. Para eles, “além de políticas públicas, o Brasil poderia diminuir significativamente essa desigualdade se reestruturasse a sua base tributária”. Como justificam, “a tributação é um meio para redução dessas iniquidades sociais, através de uma tributação mais significativa sobre o patrimônio, seguida da renda e por último sobre bens de consumo e serviço”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de comentários finais necessário explicar que, não obstante existam eventuais divergências doutrinárias a respeito de um ou outro ponto sobre os argumentos expostos, tratam-se estes, em boa parte, de temas bem estabelecidos, de sorte que configuram uma linha de pensamento que cresce em adesão.

Sob a luz de tal perspectiva pode-se afirmar que o objetivo do presente foi convidar à reflexão sobre a hipótese de utilização de normas tributárias como mecanismo destinado ao estímulo e implementação de políticas públicas, especialmente no âmbito da proteção ao meio ambiente, da concessão de incentivos para o desenvolvimento sustentável e na promoção de igualdade social.

7. REFERÊNCIAS

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Tributação como instrumento de redução das desigualdades no Brasil. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 13, n. 1, p. 226-258, abr. 2018. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/29111>>. Acesso em: 25 set. 2020.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. AgInt no AREsp nº 1723597. Processo nº: 723597 – SP (2020/0162489-2). Relator: Min. Herman Benjamin. Data de Julgamento: 29 de março de 2021. Data de Publicação: 06 de abril de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&documento_sequencial=124031465®istro_numero=202001624892&peticao_numero=202100013628&publicacao_data=20210406&formato=PDF>. Acesso em 28 jul. 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento. Processo nº: 5005001-62.2019.4.04.0000. Relator: Des. Federal Rômulo Pizzolatti – 2ª Turma. Órgão julgador: GAB. 23 (Des. Federal Rômulo Pizzolatti). Data de Julgamento: 7 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=5005001-62.2019.4.04.0000&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&txtChave=>>. Acesso em 28 jul. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso inominado. Processo nº: 0000291-46.2021.8.26.0266. Relator: Jamil Chaim Alves. Órgão julgador: 2ª Turma Cível e Criminal. Data de Julgamento: 29 de Abril de 2021. Data da Publicação no Diário: 29 de Abril de 2021. Disponível em: <<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ->

SP/attachments/TJ-

SP_RI_00002914620218260266_d913a.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1627487959&Signature=HMED7bjdlpQLrAZKQwT%2B5Dk1ExU%3D>. Acesso em 28 jul. 2021.

CAPARROZ, Roberto. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CASTRO, Aldo Aranha de; RIBEIRO, Maria de Fátima. Direitos sociais e políticas públicas I. *A função social do tributo e a implementação de políticas públicas*, págs. 197-221, 2014. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8a7deb15235a12>>. Acesso em: 25 set. 2020.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 16. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FREIRE, Simone Grohs; CAPORLÍNGUA, Vanessa Hernandez. *A intervenção do direito tributário nas políticas públicas ambientais – a taxa de controle e fiscalização ambiental cumpre este papel?* 2013. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e19a8bac63f97a5>>. Acesso em: 25 set. 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo Brito. *Manual de Direito Tributário*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MASSIGNAN, Fernando Bortolon; DA SILVEIRA, Paulo Caliendo. *Desenvolvimento sustentável e extrafiscalidade: o dever de intervenção estatal na economia para concretização de valores sustentáveis*. Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 7, n. 1, 2017. Disponível em: < <file:///C:/Users/welli/AppData/Local/Temp/3778-19754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

OLIVEIRA, Thaís Soares de; VALIM, Beijanicy Ferreira da Cunha Abadia. *Tributação ambiental: a incorporação do meio ambiente na reforma do sistema tributário nacional*. 2018. Disponível em: < <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8641/1/Tributa%C3%A7%C3%A3o%20ambiental.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Direito tributário ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RABELO NETO, LUIZ OCTAVIO. Direito Tributário como Instrumento de Inclusão Social: ação afirmativa fiscal. Revista da PGFN, v. 1, p. 253-273, 2011. Disponível em: <

<https://www.sinprofaz.org.br/artigos/direito-tributario-como-instrumento-de-inclusao-social-acao-afirmativa-fiscal/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SANTIAGO, Vanessa Aparecida Costa et al. *A Extrafiscalidade Ambiental como meio de efetivação do Desenvolvimento Sustentável*. 2013. Disponível em: <<http://biblioteca.unisantos.br:8181/bitstream/tede/1542/2/Vanessa%20Aparecida%20Costa%20Santiago.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2020.

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE OS CRIMES LICITATÓRIOS TRAZIDOS PELA LEI 14.133/21

VINÍCIUS SCATIGNO LAPETINA:

Aluno de mestrado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Aluno sob orientação do Professor Marco Antônio Marques da Silva). Advogado.

DAVI LAFER SZUVARCFUTER¹¹

RESUMO: Em 1º de abril de 2021 entrou em vigor no Brasil a Lei 14.133/21, que alterou a Lei 8.666/93. Ante a revogação de todos os tipos penais relacionados aos denominados crimes licitatórios previstos na Lei 8.666/93, assim como a introdução de outras questões relacionadas ao Direito Penal, imperiosa a realização de uma análise dessas mudanças.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes licitatórios. Lei 8.666/93. Lei 14.133/21. Mudanças penais.

ABSTRACT: On April 1st, 2021, Law 14.133/21 came into force in Brazil, which amended Law 8.666/93. In view of the repeal of all criminal types related to the so-called bidding crimes provided for in Law 8.666/93, as well as the introduction of other issues related to Criminal Law, it is imperative to carry out an analysis of such changes.

KEYWORDS: Bidding crimes. Law 8.666/93. Law 14.133/21. Criminal changes

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As principais mudanças trazidas pela Lei 14.133/21 para o Direito Penal. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

Em 1º de abril de 2021 entrou em vigor a Lei 14.133¹², que alterou a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93¹³.

Ainda que essa Lei possa representar avanços para o Direito Administrativo, o que deverá ser analisado nos próximos dois anos até a sua entrada em vigor, fato é que, para

¹¹ Advogado.

¹² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193. Acesso em 17 de junho de 2021

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em 17 de agosto de 2021

o Direito Penal, esta já produz efeitos¹⁴ e traz mais um exemplo do pensamento sofisticado do legislador brasileiro: o recrudescimento penal como tentativa de solução de questões sociais¹⁵.

Diante desse cenário, o presente artigo tem como escopo analisar e tecer breves comentários sobre as principais mudanças em âmbito penal trazidas pela Lei 14.133/21.

No que toca às regras processuais e procedimentais, a nova lei não apresentou inovações. Permanecem atendendo o processamento de crimes licitatórios as regras gerais previstas no Código de Processo Penal e legislação adjetiva complementar.

Quanto ao direito material, verifica-se a criação de novas figuras delitivas. Esses delitos foram introduzidos no rol de crimes previstos no Código Penal, dentro do capítulo *Dos Crimes Contra a Administração Pública*, e compõem os novos artigos 337-E ao 337-O.

2. As principais mudanças trazidas pela Lei 14.133/21 para o Direito Penal

No que toca às mudanças trazidas para o Direito Penal pela Lei 14.133/21, a primeira e notória alteração diz respeito ao aumento da pena mínima prevista para boa parte dos tipos penais, assim como a alteração da modalidade de pena, que na Lei 8.666/93 fazia previsão de detenção e, hoje, é prevista a reclusão.

O endurecimento das penas, notadamente nos crimes que passaram a ter a pena mínima de 4 (quatro) anos, revela a adoção de parâmetro apto a impedir a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (artigo 28-A, do Código de Processo Penal¹⁶), instituto

14 Isso porque constou expressamente do artigo 193, inciso I, da Lei 14.133/2021, que estão revogados "os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei".

15 Sobre o tema são sábias as palavras da ex-juíza Maria Lúcia Karam: "Esta ideia, que reduz violência e o crime, além de ocultar o caráter violento de outros fatos mais graves – como a miséria, a fome, o desemprego – cria um clima de pânico, de alarme social, a que se costuma seguir um crescimento da demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas. A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como forma de fazer crer que o problema está sendo solucionado" (KARAM, Maria Lucia. *Criação de crimes não passa de fantasia*. In O Estado de São Paulo, Caderno Justiça, 04/01/92. p.3).

16 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma

recentemente inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 13.964/19, capaz de evitar o processamento de feitos criminais em situações de baixa e média gravidade penal.

O obstáculo trazido pela nova lei vai na contramão de uma tendência moderna de solução negociada de conflitos penais e revela-se incompatível com a atual ordem punitiva, na medida em que é possível realizar o referido acordo em casos de crimes considerados de natureza e gravidade similares, tal como nos casos do delito de corrupção.

Por sua vez, em observação às regras de aplicação de pena previstas no artigo 33 do Código Penal¹⁷, a nova previsão de fixação de pena de reclusão, em substituição à pena de detenção, permitirá, de agora em diante, a aplicação do regime fechado, incabível aos antigos crimes licitatórios. Essa mudança poderá culminar no encarceramento de um maior volume de pessoas, inexistindo, salvo melhor juízo, qualquer estudo prévio acerca do impacto carcerário¹⁸.

Merece destaque, também, que a nova modalidade de pena possibilita, no curso de investigações criminais, a decretação de interceptação de comunicação telefônica e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática de pessoas investigadas, uma vez que a Lei 9.296/96 prevê a adoção de tal medidas quando o delito investigado é punido com pena de reclusão¹⁹.

Em relação aos tipos penais propriamente ditos, necessária a análise de correspondência entre os novos tipos penais criados pela Lei 14.133/21, com os da Lei

do art. 46, do Código Penal; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

17 Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

18 Claus Roxin: "O direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas" (ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar. 2008. p. 32).

19 Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

8.666/93, a fim de verificar a ocorrência de *abolitio criminis*, ou do princípio da continuidade normativa típica, tendo em vista a mencionada *novatio legis in pejus*²⁰.

Os tipos penais previstos na Lei 8.666/93 que mais davam causa a instauração de inquéritos policiais e formulação de denúncias eram aqueles apontados nos artigos 89 e 90. Tais figuras penais sofreram relevantes alterações e merecem destaque.

O *caput* do artigo 89, da Lei 8.666/93, ainda que alterada a redação e trocados os verbos nucleares, possui correspondência com o novo artigo 337-E, do Código Penal. Os verbos *dispensar, inexigir e deixar de observar* as formalidades legais do procedimento licitatório foram substituídos pelos verbos *admitir, possibilitar ou dar causa* à contratação direta fora das hipóteses legais. Pelo que se nota, o novo tipo penal é mais amplo, abarcando tanto as condutas do antigo tipo penal, como quaisquer outras relacionadas ao não atendimento das formalidades do procedimento licitatório.

Por se tratar de norma penal em branco, uma vez que é necessária a complementação por outras regras do Direito, importante será observar eventuais mudanças na legislação que regula as modalidades de contratação direta, o que poderá ensejar a descriminalização de condutas previstas na Lei 8.666/93.

Ainda sobre o artigo 89, da Lei 8.666/93, imperioso destacar que seu parágrafo único, que tratava da responsabilização do particular em conluio e beneficiado pelo ato do Administrador Público, não foi incorporado pelo artigo 337-E, do Código Penal.

Resta a dúvida, neste ponto, se tal omissão legislativa corresponderia à abolição do tipo penal, pois o *caput* do artigo 89 trata de crime de mão própria, dizendo respeito a condutas de agentes públicos, mostrando-se a redação do antigo parágrafo único o caminho da responsabilização criminal do particular pela participação no delito.

Entendemos, porém, não ter havido *abolitio criminis*, já que a maior abrangência conferida ao artigo 337-E abarca a figura do antigo parágrafo único do artigo 89, por meio do verbo *dar causa*.

Por sua vez, o artigo 337-F, do Código Penal, relacionado ao artigo 90, da Lei 8.666/93, não mais especifica o *ajuste* e a *combinação* como meios de *frustração* ou *fraude* do caráter competitivo licitatório. Como sua natureza era meramente exemplificativa, pode-se dizer que em sua essência o tipo não sofreu alteração.

20 "Se houver um conflito entre duas leis, a anterior mais benigna, e a posterior, mais severa, aplicar-se-á a mais benigna: a anterior será ultra-ativa, por sua benignidade, e a posterior será irretroativa, por sua severidade" (BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 187).

Em relação aos demais delitos previstos na Lei 8.666/93, há uma mudança significativa no artigo 337-L, da Nova Lei. Isso porque o artigo 96, da Lei 8.666/93, possuía a conduta típica voltada a fraudes relacionadas *a aquisição ou venda de bens ou mercadorias em detrimento da Fazenda Pública*. Enquanto o novo tipo penal abarca também procedimentos licitatórios envolvendo a contratação de obras e serviços, tendo agora como vítima a *Administração Pública* (aí incluídas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações e consórcios públicos privados).

Prosseguindo, chama a atenção a exceção criada pelo legislador na redação do artigo 337-K, da Nova Lei (com correspondência ao artigo 95, da Lei 8.666/93), uma vez que trouxe como hipótese de ocorrência do tipo penal a sua forma tentada (*afastar ou tentar afastar licitante*). Nesse cenário, se verifica a exceção prevista no parágrafo único do artigo 14, do Código Penal²¹, punindo a forma tentada do delito no mesmo patamar do crime consumado.

Outra relevante mudança trazida pela Lei 14.133/21 diz respeito aos delitos em que podem ser aplicadas multas pecuniárias, a sua forma de cálculo e o seu teto de aplicação. Isso porque, enquanto o artigo 99, da Lei 8.666/93, previa a aplicação de multa tão somente para os crimes previstos nos artigos 89 e 90, a Nova Lei prevê, em seu artigo 337-P, a aplicação a todos os novos tipos penais (artigos 337-E a 337-O). Da mesma forma, a multa prevista não mais será calculada sobre o valor da vantagem *auferida ou potencialmente obtida*, mas sim na forma geral do Código Penal, bem como estipulada em um patamar mínimo de 2% do valor do *contrato licitado ou celebrado*, não constando mais o teto anteriormente previsto de até 5%.

Como novo tipo penal, sem qualquer correspondência na Lei 8.666/93, foi criado o artigo 337-O, que trouxe o crime de *omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse*.

Chama a atenção o verbo *entregar*, que pode tornar o sujeito ativo do crime extremamente amplo, uma vez que cria a possibilidade de punição do agente que realiza a mera *entrega* do documento com *omissões e modificações* à Administração Pública, mesmo sem qualquer relação com os fatos, o que deverá ser objeto de ajuste e limitação pelo Poder Judiciário nos próximos anos.

²¹ Parágrafo único - Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços

Por fim, seguindo os anseios e mudanças trazidas pela Lei 12.846/13, e que deve ser objeto de grande atenção aos operadores do Direito, a Lei 14.133/21 trouxe em seus artigos a obrigatoriedade e relevância da existência de programas de integridade pelas empresas participantes dos certames públicos. A obrigação está prevista no artigo 25, §4º para a contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o que representa um avanço, enquanto sua relevância está presente tanto por permitir a diminuição das sanções administrativas (artigo 163, parágrafo único), como para servir de critério de desempate (artigo 60).

3. Conclusão

Como uma primeira análise, pode-se concluir que, sob o aspecto penal, as mudanças trazidas pela Lei 14.133/21 ampliam a abrangência dos tipos penais e endurecem o combate aos crimes licitatórios pelo agravamento de suas penas e modalidade de cumprimento; assim como não permitindo a aplicação de benefícios legais decorrentes da denominada *justiça negocial* – que representam a evolução do Direito Penal, tido sempre como *ultima ratio*.

Entretanto, esse endurecimento punitivo parece ser desproporcional se comparado com outros tipos existentes no sistema penal.

De todo modo, no que toca aos novos tipos penais em si, há consideráveis mudanças, mas foi mantida a essência da Lei 8.666/93. Entende-se que o legislador brasileiro perdeu uma ótima oportunidade de deixar o rol de crimes licitatórios com aspecto moderno, refletido em condutas adequadas à atualidade. Ao que tudo indica, almejou-se, com o recrudescimento das penas, oferecer uma falsa resposta à sociedade de combate à criminalidade do colarinho branco.

4. Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

KARAM, Maria Lucia. *Criação de crimes não passa de fantasia*. In O Estado de São Paulo, Caderno Justiça, 04/01/92

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar. 2008.

ESTUDO DE CASO: RACISMO ESTRUTURAL

GABRIELA BEZERRA BARBOSA: Graduanda em Direito na Universidade De Gurupi-UNIRG. Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Ciência e Tecnologia do Tocantins-IFTO.

JAQUELINE DE KÁSSIA RIBEIRO DE PAIVA²²

(orientadora)

Resumo: Este artigo apresenta relatos de pessoas, coletados aleatoriamente na mídia, durante o ano de 2020, que sofreram agressões em abordagens policiais, motivadas pela discriminação e racismo. Como parâmetro de análise das falas das vítimas utilizou-se o conceito e os elementos de racismo institucional na segurança pública, de ANDRADE, (2014. p. 256-264). Através dos dados obtidos, pode-se concluir que, de maneira geral, um quadro de exclusão social em que se encontra a juventude negra no Brasil, e a submissão desses jovens ao contexto de violência estrutural.

Palavras chaves: Racismo estrutural. Violência policial. Conceito. Abordagem

Abstract: This article presents reports of people, randomly collected in the media, during the year of 2020, who suffered aggressions in police approaches, motivated by discrimination and racism. As a parameter of analysis of the victims' speeches, the concept and elements of institutional racism in public security by ANDRADE, (2014. p. 256-264) were used. Through the obtained data, it can be concluded, in general, a framework of social exclusion in which black youth in Brazil is found, and the submission of these young people to the context of structural violence.

Keywords: Structural racism. Police violence. Concept. Approach

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 METODOLOGIA . 3 RESULTADO E DISCUSSÕES. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1) INTRODUÇÃO

De acordo com o Atlas da Violência 2020, a taxa de homicídios de pessoas negras aumentou 11,5%, grande parte dessas mortes não tem um motivo comprovado.

²² Mestre em Gestão de Políticas Públicas - UFT (2019), é advogada e professora titular da Universidade de Gurupi e Unitins, Secretária Geral da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção Gurupi. Sócia-fundadora do Escritório Ribeiro e Pereira Advogadas. Subprocuradora geral do Município de Gurupi-TO (Dec. 042/2021).Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6120840749623819> ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6138-5432>

Analisando os dados é possível perceber que os índices de violência letal contra negros é uma das principais demonstrações das desigualdades raciais no Brasil, pois os jovens negros figuram como as principais vítimas de homicídios do país.

Para Florestan Fernandes (2008, p.65), a marginalização do negro é uma consequência da transição da ordem escravocrata e senhorial para o desenvolvimento do capitalismo, a discriminação decorrente da escravidão que limitou a inserção qualificada de negros na sociedade. Considera que o Brasil não garantiu que estes pudessem corresponder aos novos padrões do trabalho livre e da produção capitalista.

Para Nogueira (2017, p.4-5), o racismo só pode ser compreendido como relação de poder, estruturado por dentro das instituições sociais, e sua superação não se faz sem a reforma destas. Racismo é uma relação que se estrutura política e economicamente.

Existem inúmeras definições de racismo, a UNESCO, na Declaração sobre Raça, em no art. 2º o define:

O racismo engloba as ideologias racistas, as atitudes fundadas nos preconceitos raciais, os comportamentos discriminatórios, as disposições estruturais e as práticas institucionalizadas que provocam a desigualdade racial, assim como a falsa ideia de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se por meio de disposições legislativas ou regulamentárias e práticas discriminatórias, assim como por meio de crenças e atos antissociais; cria obstáculos ao desenvolvimento de suas vítimas, perverte a quem o põe em prática, divide as nações em seu próprio seio, constitui um obstáculo para a cooperação internacional e cria tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais ao direito internacional e, por conseguinte, perturba gravemente a paz e a segurança internacionais. (DECLARAÇÃO SOBRE A RAÇA E OS PRECONCEITOS RACIAIS, proclamada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura na sua 20.ª sessão, a 27 de Novembro de 1978.)

ALMEIDA (2018), afirma que o Racismo sempre será estrutural, por ser uma forma sistemática e reiterada de discriminação baseada na raça, que por sua vez, se trata de um conceito relacional e histórico.

Primeiro para entender o porquê não somos essa sociedade na qual nos intitulamos é necessário compreender que as instituições e as pessoas são racistas porque a sociedade é assim, visto que o racismo é um ciclo que produz o racismo estrutural, as pessoas são

racistas individualmente, em consequências as instituições formadas por estes indivíduos são racistas fazendo do racismo uma estrutura, enraizada na sociedade

Nesse sentido, Almeida (2019, p.27) apresenta três concepções interessantes para o racismo: o individualista, o institucional e o estrutural. O primeiro diz respeito à subjetividade, ao comportamento de cada indivíduo. O segundo, é o racismo presente nas instituições que ordenam os modos de organização e orientação de uma sociedade. Por fim, o racismo estrutural seria aquele decorrente da própria estrutura social, ligada e integrada aos comportamentos racistas individuais e institucionais. As três concepções de racismos, apesar de autônomas e independentes entre si, são interligadas. Logo as pessoas são racistas porque a sociedade, em sua estrutura é racista. Em resumo:

o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo "normal" com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural. Comportamentos individuais e processos institucionais são derivados de uma sociedade cujo *racismo é a regra e não a exceção*. O racismo é parte de um processo social que "ocorre pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição". Nesse caso, além de medidas que coíbam o *racismo individual e institucionalmente*, torna-se imperativo refletir sobre *mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas*. ALMEIDA (2018, p. 38)

Levando-se em conta a relevância de demonstrar as consequências de séculos de relações sociais estruturadas pelo racismo, este artigo apresenta relatos de pessoas que sofreram agressões em abordagens policiais, motivadas pela discriminação e racismo e reflete sobre a origem e as consequências desses fatos que ocorrem diariamente no Brasil. No presente estudo de caso foi utilizado o conceito e os elementos de racismo institucional na segurança pública, segundo ANDRADE, (2014. p. 256-264), para analisar as falas das vítimas e observar os elementos existentes nos casos colhidos.

2) METODOLOGIA

O estudo integrou uma pesquisa bibliográfica e um estudo de caso, a partir de relatos publicados na mídia de vítimas que passaram por abordagem violenta e infundada no ano de 2020, escolhidos aleatoriamente. Correlacionou-se esses relatos com os conceitos de racismo institucional e estrutural encontrados em materiais doutrinários, artigos e periódicos, sem interferência pessoal dos pesquisadores. Foram utilizados ainda os 3 elementos racismo institucional na segurança pública, segundo ANDRADE, (2014. p. 256-264), que são: 1) por meio de uma legislação que promove a segregação, e na atuação direta de seus agentes; (2) por omissão, ao reproduzir práticas e instrumentos que

inviabilizam a consolidação de uma rede de proteção social, gerando distorções sociorraciais e territoriais; e (3) pela atuação de indivíduos ou grupos movidos por seus próprios preconceitos alarmados pelas condições institucionais favoráveis que viabilizam as violações de direitos, estigmatização e processos discriminatórios. A partir dos conceitos estudados e dos elementos que constitui o racismo foi feita uma análise correlacionando as falas dos relatos aos elementos citados por ANDRADE.

3) RESULTADO E DISCUSSÕES

A abordagem policial não é algo agradável para maioria das pessoas que passam por essa experiência, o que é compreensível pois é uma ação onde o cidadão fica em extrema vulnerabilidade e constrangimento. Em um grupo de amigos, alguém já passou por essa experiência ou conhece alguém que tenha passado, ou até mesmo visto em canais de comunicação. O modo como essas ações são tratadas nos meios de comunicação cria uma crença de que a abordagem precisa ser violenta e constrangedora.

Mas o que seria a abordagem policial? Para PINC (2006, p.7) "é um encontro entre a polícia e o público cujos procedimentos adotados variam de acordo com as circunstâncias e com a avaliação feita pelo policial sobre a pessoa com que interage, podendo estar relacionada ao crime ou não".

Os relatos abaixo retratam situação de violência sofrida por pessoas na rua, em abordagens policiais. Foram selecionados aleatoriamente, durante o ano de 2020, e divulgados na mídia nacional, pois os casos tiveram grande repercussão nacional e internacional.

"A polícia deveria me proteger, proteger todos nós. Não foi uma ação normal. Já viu polícia jogar pedra? Eu não fiz nada. Mesmo no chão, jogaram spray de pimenta em mim. Depois que me bateram, foram embora. Se eu fosse um criminoso ou tivesse desacato, iriam me levar para a delegacia", pontua o Weliton

"Só eu era negro ali. Se fosse um playboy de olho azul não teriam feito o que fizeram comigo. Fiz tudo o que pediram. Fiquei de costas, na parede. Não acharam nada e comecei a apanhar. Tudo por racismo, pela minha cor. Apanhei tanto. No vídeo, dá pra ouvir os estalos do cassetete. Machucaram minha cabeça, braço, costela... Estou todo lascado"

"Durante a revista, começaram a me agredir. Soco na costela, cassetete. Caí no chão, tacaram pedra e spray de pimenta na cara. Naquele momento, eu só achava que ia morrer." (Fonte:G1)

Todas essas falas são de Weliton Luiz Maganha de 30 anos, vendedor ambulante e morador Planaltina, sofreu agressões em uma abordagem policial enquanto saía de um supermercado em Junho de 2020. As falas foram retiradas de entrevistas que a vítima concedeu ao site G1 Distrito Federal: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/06//naquele-momento-eu-so-achava-que-ia-morrer-diz-homem-negro-agredido-por-pms-no-df.ghtml> acesso: 20/09/202

Outro caso ocorrido recentemente, em agosto de 2020 é do jovem de 18 anos, Matheus Fernandes Bionde, que foi agredido quando tentou trocar um relógio que havia comprado no Ilha Plaza Shopping. As falas a seguir são do relato do jovem:

“Pensei que iam me matar”

“Ele tinha dito que o volume da minha carteira na cintura tinha chamado a atenção, sendo que a carteira tava na minha mão e dá pra ver que ela não tem volume nenhum”, afirmou Matheus.

“Eu comecei a gritar que eu não sou ladrão, que você estava me confundindo, que eu estou aqui todo dia trabalhando. Eu não era ladrão e eles estavam me tratando como um”. (fonte: O Dia). As falas do jovem foram retiradas de entrevistas concedida ao Jornal O Dia: <<https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/08/5968338-advogado-de-jovem-agredido-em-shopping-rebate-versao-de-bone-do-hulk.html#foto=1>> acesso em: 20/09/2020

A partir do conceito e dos elementos que caracterizam o racismo institucional na segurança pública, segundo ANDRADE, (2014. p. 256-264), foi feita uma análise das falas das vítimas.

1º Elemento: por meio de uma legislação que promove a segregação, e na atuação direta de seus agentes:

"A polícia deveria me proteger, proteger todos nós. Não foi uma ação normal. Já viu polícia jogar pedra? Eu não fiz nada. Mesmo no chão, jogaram spray de pimenta em mim. Depois que me bateram, foram embora. Se eu fosse um criminoso ou tivesse desacato, iriam me levar para a delegacia", pontua o Weliton.

A Constituição da República de 1988, dispõe que o Estado tem o dever de assegurar direitos como igualdade e a justiça social, o Brasil se diz um país de sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos ou discriminação. Porém, diante dos recorrentes casos de reprodução e manutenção racismo, surge o questionamento se de fato, somos a organização social que dizemos ser. Como podemos observar na fala de Weliton não existe

o sentimento de proteção em nenhum aspecto, visto que as atitudes dos agentes representantes do Estado promovem uma segregação e um cenário divergente do que a Constituição dispõe. Não há entre as minorias um sentimento de proteção, igualdade e justiça social.

Para Rodrigo Chaves Silva (2018, p.14), não existe pessoa suspeita, mas pessoa em atitude suspeita. No entanto, é oportuno fazer uma distinção dessas expressões, para esclarecer e evitar ilegalidades na busca pessoal. Utilizar a adjetivação de suspeita a uma pessoa seria definir através de suas características físicas (cor, traços, andar, etc.) a desconfiança de que ela está conduzindo consigo arma ou material ilícito. Tal hipótese deverá ser descartada, pois se assim fosse, ter-se-ia uma tabela de características de pessoas que são suspeitas e de quem não é suspeita. Reporta-se, então, à teoria de Cesare Lombroso do "criminoso nato", onde, através da análise de determinadas características somáticas, seria possível identificar os indivíduos que possuem o perfil de criminoso, o que não é mais aceitável atualmente diante de um quadro evolutivo das ciências sociais, psíquicas e humanas.

O Código de Processo Penal em seu art. 244 dispõe:

"A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver **fundada suspeita** de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar".

Guilherme de Souza NUCCI busca explicar o que seria a fundada suspeita, visto que se trata de subjetividade do agente público:

Fundada Suspeita: é requisito essencial e indispensável para a realização da busca pessoal, consistente na revista do indivíduo. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige fundada suspeita, que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. (NUCCI, 2005. p.493)

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso em Sentido Estrito n. 81.305-4 (BRASIL, 2001), já decidiu no sentido de exigir elementos concretos na formação da fundada suspeita, como se segue:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. **A "fundada suspeita", prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa.** Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um "blusão" suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (grifo nosso)” (Jusbrasil,2020)

Analisando os relatos das vítimas de racismo citadas no presente trabalho e os conceitos de fundada suspeita, é possível perceber que essas abordagens são motivadas fundamentalmente em razão da cor da pele e de características relacionadas ao negro e ao jovem que fazem parte de comunidades, pois examinando os vídeos onde mostram os comportamentos no momento das abordagens, verifica-se que são atitudes comuns que normalmente não levantam suspeitas, como por exemplo entrar em uma loja para trocar mercadoria ou sair de um supermercado com sacolas de compras, são comportamentos comuns e diários, que trazem a reflexão e o questionamento de porquê pessoas negras são abordadas ao praticarem atos da vida comum.

2º Elemento: por omissão, ao reproduzir práticas e instrumentos que inviabilizam a consolidação de uma rede de proteção social, gerando distorções sociorraciais e territoriais:

“Ele tinha dito que o volume da minha carteira na cintura tinha chamado a atenção, sendo que a carteira tava na minha mão e dá pra ver que ela não tem volume nenhum.”

"Só eu era negro ali. Se fosse um playboy de olho azul não teriam feito o que fizeram comigo. Fiz tudo o que pediram. Fiquei de costas, na parede. Não acharam nada e comecei a apanhar. Tudo por racismo, pela minha cor. Apanhei tanto. No vídeo, dá pra ouvir os estalos do cassetete. Machucaram minha cabeça, braço, costela... Estou todo lascado"

Nesse segundo elemento podemos observar novamente o sentimento de segregação, quando a própria vítima da agressão afirma que a abordagem foi em razão de sua cor, é possível observar como esse sentimento de discriminação está enraizado nas pessoas negras e moradoras de comunidades, pois utilizam como argumento a falta desse tipo de abordagem com pessoas brancas e bem favorecidas economicamente.

O Atlas da Violência 2019, mostra que 11 a cada 100 mortes violentas foram provocadas pelas Polícias, 17 pessoas morrem por dia em decorrência da abordagem policial violenta, em 2018 totalizaram 6.220 vítimas, das quais 75,4 são negros:



Fonte: Atlas da Violência, Ipea (2020)

Os dados de mortes de negros como resultado de abordagens policiais fora do padrão, reforçam todo o conceito de racismo estrutural visto que integram mais de 70% das vítimas. E por qual motivo o alvo possui as mesmas características?

Para Muniz e Paes-Machado (2010, p.437), a tendência em rotular grupos, comportamentos e acontecimentos, contribui para fortalecer o uso legal da força policial. Levando em conta as imagens negativas e pejorativas frequentemente associadas ao jovem negro, este torna-se o principal alvo na construção da fundada suspeita policial. A juventude negra é vista como a que faz parte de grupos que quebram as regras, sendo necessário ser contida. A contenção, portanto, é feita sobre aqueles "a quem se 'deixa morrer', ou se 'faz' morrer: os que respondem por condutas marginais ou desviantes, apresentando-se, assim, como um perigo para os cidadãos de bem" (Vianna; Neves, 2011, p. 31).

3º Elemento: pela atuação de indivíduos ou grupos movidos por seus próprios preconceitos alarmados pelas condições institucionais favoráveis que viabilizam as violações de direitos, estigmatização e processos discriminatórios:

"Pensei que iam me matar"

"Durante a revista, começaram a me agredir. Soco na costela, cassetete. Caí no chão, tacaram pedra e spray de pimenta na cara. Naquele momento, eu só achava que ia morrer."

Aqui é possível observar de forma clara a ligação entre o elemento que caracteriza o racismo institucional e as falas, os agentes da segurança são movidos por seus próprios preconceitos e violam os direitos daqueles que são abordados, se uma pessoa que está sendo abordada pensa que vai morrer durante uma abordagem é preciso perceber que ali não está mais atuando o agente em nome do Estado, e nem em nome da segurança, pois se a lei estabelece limites e regula direitos que não devem ser infringidos, atentar contra a vida alguém de forma desnecessária e descabida como no caso analisado, mostra que ação do agente se dá por suas próprias percepções e preconceitos. Se a agressão não faz parte do modo que uma abordagem deve ser feita, qual a razão de usar da força e violência sem uma motivação plausível, visto que sair de um supermercado com sacolas de compra é algo natural acontece a todo momento.

Para Almeida (2018), trata-se do racismo estrutural, visto que ultrapassa não apenas a dimensão individual, mas também a institucional. Remete a um processo histórico e político pelo qual são constituídas as relações políticas, econômicas, jurídicas e familiares, gerando condições sociais para que grupos racialmente identificados sejam discriminados, direta ou indiretamente, de forma sistemática.

Almeida (2018, p.25) pontua que o racismo é uma forma sistemática de discriminação racial e esta por sua vez, é a atribuição de tratamento diferenciado a membros racialmente identificados, a discriminação tem como requisito fundamental o poder, ou seja, a possibilidade efetiva do uso da força, sem o qual não é possível atribuir vantagens ou desvantagens por conta da raça. Como Weliton deixa claro em suas falas, o uso do poder e conseqüentemente da força e da violência por parte dos policiais se deriva dessa forma sistêmica de discriminação racial.

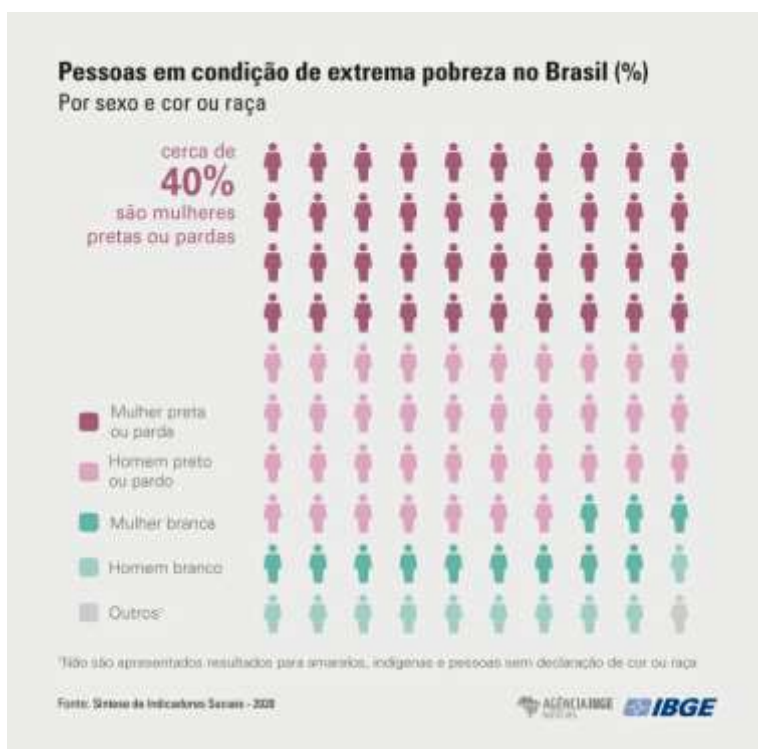
Ao abordamos o tema racismo, no primeiro momento é associado apenas ao ato de discriminação. Quando questionamos às pessoas sobre o que seria, geralmente ouvimos respostas como: “quando se chama a pessoa negra de macaco”, ou “quando tratamos pessoas negras de uma maneira desrespeitosa, única e exclusivamente pela cor da sua pele”. Entretanto, o racismo não pode se resumir ao ato discriminatório. É mais complexo pois possui raízes sociais profundas. Acerca disso, Silvio Almeida afirma:

O racismo se expressa concretamente como desigualdade política, econômica e jurídica. Pensar o racismo como parte da estrutura não retira a responsabilidade individual sobre a prática de condutas racistas. Pelo contrário, entender que o racismo é estrutural e, não um ato isolado de um indivíduo ou de um grupo, nos torna ainda mais responsáveis pelo combate ao racismo e aos racistas (ALMEIDA, 2018, p.40).

Como aponta ALMEIDA (2018, p.51), o racismo é um processo relacional, histórico, político e ideológico que está no imaginário social de maneira enraizada. Logo, “o racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional”. Ainda, percebe-se que a ideologia possui um grande papel nas construções de subjetividade de cada indivíduo, a desigualdade dispõe de registros fortes de raça, é naturalizada pela maioria da população. Tratar como normal e aceitável é uma forma de se refletir as várias faces do racismo. Sobre a temática, Silvio dispõe:

A permanência do racismo exige, em primeiro lugar, a criação e a recriação de um imaginário social em que determinadas características biológicas ou práticas culturais sejam associadas à raça e, em segundo lugar, que a desigualdade social seja naturalmente atribuída à identidade racial dos indivíduos ou, de outro modo, que a sociedade se torne indiferente ao modo com que determinados grupos raciais detêm privilégios. (ALMEIDA, 2018, p. 57)

Os dados do IBGE publicados em 12 de novembro de 2020 demonstram de forma clara, como a desigualdade social é marcada pela raça/cor. Com base nos dados da PNAD Contínua 2019, o estudo Síntese de Indicadores Sociais, mostra que pretos ou pardos tem maiores taxas de desocupação e informalidade do que brancos e estão mais presentes nas faixas de pobreza e extrema pobreza.



Fonte: IBGE (2020)

O gráfico demonstra que entre as pessoas em condições de extrema pobreza, a maior porcentagem são as mulheres negras ou pardas e logo depois, os homens pretos os pardos, percebe-se que para além do gênero, os negros e pardos totalizam aproximadamente 80% das pessoas abaixo da linha da pobreza.

Para João Hallak, Doutor em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e analista da Diretoria de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, "Não é possível elencar um único indicador como mais importante em termos de desigualdade. Percebemos uma desigualdade estrutural que ocorre ao longo dos anos da série em vários indicadores, e não apenas em 2019...", (HALLAK,2020).

O resumo da pesquisa feita pelo IBGE, mostra a desigualdade no mercado de trabalho, onde é possível notar que os negros e pardos integram o grupo dos mais desocupados, das ocupações informais e ainda a diferença da renda mensal:

Resumo

- Um dos principais indicadores do mercado de trabalho, a taxa de desocupação foi, em 2019, de 9,3%, para brancos, e 13,6% para pretos ou pardos.
- Entre as pessoas ocupadas, o percentual de pretos ou pardos em ocupações informais chegou a 47,4%, enquanto entre os trabalhadores brancos foi de 34,5%.
- A população ocupada de cor ou raça branca ganhava em média 73,4% mais do que a preta ou parda. Em valores, significava uma renda mensal de trabalho de R\$ 2.884 frente a R\$ 1.663.
- O rendimento-hora de brancos com nível superior era de R\$ 33,90, enquanto pretos e pardos com o mesmo nível de instrução ganhavam R\$ 23,50 por hora trabalhada.
- Entre as pessoas abaixo das linhas de pobreza, 70% eram de cor preta ou parda. A pobreza afetou mais as mulheres pretas ou pardas: 39,8% dos extremamente pobres e 38,1% dos pobres.
- 45,2 milhões de pessoas residiam em 14,2 milhões de domicílios com algum tipo de inadequação. Desta população, 13,5 milhões eram de cor ou raça branca e 31,3 milhões pretos ou pardos.

Fonte: IBGE (2020)

Esses dados provam de forma precisa, como o racismo é uma estrutura na sociedade, não se trata apenas de preconceito e discriminação, o racismo vai muito além, possui raízes fortes em todas as camadas sociais, sendo uma consequência em vários âmbitos do dia a dia, como emprego, moradia e educação. Dessa forma, analisando dados, pesquisas e relatos, é possível visualizar a estrutura do racismo.

A concepção individualista do racismo é tratada por Silvio Almeida (2018, p.28), em sua obra *Racismo Estrutural*, de forma a reafirmar que certa ação discriminatória é consequência da estrutura social. Nesse ponto de vista o ato racista é tratado como uma anormalidade que integra o imaginário, moralidade e racionalidade do indivíduo. Porém, esses atos poderiam se manifestar de maneira isolada ou em uma forma generalizada se materializando em uma discriminação negativa direta. Entretanto, conforme o autor, essa concepção é frágil e limitada, visto que o racismo vai além dos individualismos morais. Silvio Almeida destaca:

A estabilidade dos sistemas sociais depende da capacidade das instituições de absorver os conflitos e os antagonismos que são

inerentes à vida social. Entende-se absorver como normalizar, no sentido de estabelecer normas e padrões que orientarão a ação dos indivíduos. Em outras palavras, é no interior das regras institucionais que os indivíduos se tornam sujeitos, visto que suas ações e seus comportamento são inseridos em um conjunto de significados estabelecidos pela estrutura social. (ALMEIDA, 2018, p. 29)

Nessa concepção de racismo, a figura do poder se tornar essencial, uma vez que os grupos racializados estão às margens das normas institucionais estabelecidas por ele. Nesse sentido, não há o que se falar em racismo reverso. O racismo só se materializa se houver poder individual ou institucional sobre pessoas, "...grupos radicais minoritários podem até praticar a discriminação, mas não podem impor desvantagens sociais a membros de outros grupos majoritários, seja direta, seja indiretamente" (ALMEIDA, 2018, p.53).

Então, que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros (FOUCAULT 1999, p. 304).

A fala de Matheus Fernandes Bionde: "Pensei que iam me matar", expressa o medo de morrer que o negro carrega. O racismo efetiva o perigo disfarçado, discriminando a morte em nome da vida. O racismo é o direito de matar, por meio de diferentes tipos de mortes: tirar a vida, causar danos. "E, claro, por tirar a vida não entendo simplesmente o assassinio direto, mas também tudo o que pode ser assassinio indireto: o fato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição etc." (FOUCAULT 1999, p. 306).

Nesse sentido, o significado do criminoso como "inimigo social" que se mostra a guerra causada pelo racismo, visto que a população negra é apresentada como perigosa.

4) CONCLUSÃO

As várias questões apresentadas nessa pesquisa representam, a um só tempo, o objetivo e o conteúdo deste trabalho, que busca refletir sobre a estruturação do racismo na sociedade e analisar suas consequências. Na perspectiva de entender e explicar os aspectos que norteiam as abordagens policiais motivadas pelo racismo, é possível notar uma reiteração e afirmação de pensamentos e práticas racistas que foram construídos historicamente no país.

Percebeu-se nesse trabalho que atualmente está ocorrendo um grande crescimento dessas abordagens, visto que casos estão sendo noticiados nos jornais e canais de comunicação com certa frequência. O trabalho reitera o entendimento de que a fundada suspeita, procedimento que antecede o ato de abordagem, em sua maioria não é obedecida, sendo feita sem qualquer fundamento pertinente. Em uma sociedade democrática, na qual prevalece o Estado de direito, é esperado que a fundamentação da suspeição seja prevalecida. Além disso, foi possível constatar que a discricionariedade reflete nas representações sociais, valores morais, e crenças predominantes na sociedade tem um papel decisivo na construção do perfil do suspeito.

A falta de fiscalização adequada por parte das autoridades competentes da segurança pública contribui para a disseminação de práticas discriminatórias e racistas entre os policiais. As vulnerabilidades no plano das políticas públicas destinadas à juventude, bem como a fragilidade ou ausência das redes de proteção sociais são intensificadoras da vulnerabilidade vivenciada pelos jovens negros.

Ainda que os indivíduos que cometem atos racistas sejam responsabilizados, o olhar estrutural sobre as relações raciais nos leva a concluir que a responsabilização jurídica não é suficiente para que a sociedade deixe de ser uma máquina reprodutora de desigualdade social (ALMEIDA, 2018. p.39).

Se o racismo é estrutural o trabalho para mudar essa realidade também deve ser, ou seja, em todas as áreas da sociedade deve-se trabalhar a questão da discriminação racial, esperar que apenas a responsabilização jurídica mude essa realidade é utópico, é necessário investir na educação e aprendizado para que assim tenhamos uma sociedade humana.

As experiências relatadas pelos jovens nas entrevistas realizadas, os conceitos e os dados apresentados, revelaram o quadro de exclusão social em que se encontra a juventude negra no Brasil. Em termos mais específicos, o estudo demonstrou de forma contundente o contexto de violência estrutural ao qual estão submetidos esses jovens, em especial o segmento masculino, vítimas frequentes de abordagens truculentas.

Quanto aos elementos utilizados na análise, sobre o 1º elemento que se trata do racismo por meio de uma legislação que promove a segregação, e na atuação direta de seus agentes foi possível notar que existe uma falha por parte de quem executa a lei, ou seja, no caso estudado os agentes da segurança, o 2º e 3º elementos reforçam que os agentes agindo por seus próprios preconceitos viabilizam as violações de direitos, estigmatização, processos discriminatórios e segregação.

5) Bibliografia.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Polém 2019.

ANDRADE, F. J.; ANDRADE, R. **Raça, crime e justiça**. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R. G. (Org.). Crime, polícia e justiça no Brasil. São Paulo: Contexto, 2014. p. 256-264

ANUNCIACÃO, Diana; TRAD, Leny Alves Bonfim; FERREIRA, Tiago. "Mão na cabeça!": abordagem policial, racismo e violência estrutural entre jovens negros de três capitais do Nordeste. **SciELO Brasil**, 16 mar. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/ctHxJZn497TXLJBhpSB8GRn/?lang=pt>. Acesso em: 7 out. 2020.

BAGGIO, Roberta Camineiro; RESADORI, Alice Hertzog; GONÇALVES, Vanessa Chiari. Raça e Biopolítica na América Latina: os limites do direito penal no enfrentamento ao racismo estrutural. **SciELO Brasil**, 16 set. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/6fT3PWXbJX6f6vmB3t4VvqK/?lang=pt>. Acesso em: 14 out. 2020.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, 6 jun. 2008. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Filtragemracial%3Aacornasele%3%A7%C3%A3o-do-suspeito-Barros/7bfc6f626c408a50827df79fc1071abf47bc6c69>. Acesso em: 20 out. 2020.

BATISTA, Waleska Miguel. **A inferiorização dos negros a partir do racismo estrutural**. Rio de Janeiro. Dezembro, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662018000402581&lang=pt>. Acesso em: 16 set 2020.

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

CAMPOS, Luiz Augusto. RACISMO EM TRÊS DIMENSÕES Uma abordagem realista-crítica. **IESP-UERJ**, Rio de Janeiro, 7 fev. 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcso/a/8YsCLH9MsCZ3dPWC47JLmFd/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 13 out. 2020.

CRISTINA, Ana de Souza; Mandarinó e Estélio Gomberg (organizadores) **Racismos : olhares plurais** - Salvador : EDUFBA, 2010.

DA SILVA, Thayná Laís. **O Racismo Estrutural No Estado Democrático Brasileiro:A Necessidade De Uma Formação Jurídica Antirracista**. Belo Horizonte 2020.

EIRAS, Yuri. O Dia. **Advogado de jovem agredido em shopping rebate versão de boné do Hulk**. Rio de Janeiro. 11/08/2020. Disponível em: < <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2020/08/5968338-advogado-de-jovem-agredido-em-shopping-rebate-versao-de-bone-do-hulk.html#foto=1> >. Acesso em: 09 set 2020.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: o legado da "raça branca"**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GORONCE, Luiza. G1. **Naquele momento eu só achava que ia morrer', diz homem negro agredido por PMs no DF**. São Carlos/Araraquara. 03/06/2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2020/06/03/naquele-momento-eu-so-achava-que-ia-morrer-diz-homem-negro-agredido-por-pms-no-df.ghtml> >. Acesso em: 09 set 2020.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/saude/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=o-que-e> >. Acesso em: 26 set 2020.

IPEA. **Atlas da Violência**. Brasil, 2020. Disponível em: < <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020> >. Acesso em: 17 set 2020.

MADEIRA, Zelma; GOMES, Daiane Daine de Oliveira. **Persistentes desigualdades raciais e resistências negras no Brasil contemporâneo**. SciELO Brasil, [S.l.], 1 dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/FmSRPNQZhrqz9mMVWTJnwwqP/?lan=pt>. Acesso em: 24 set. 2020.

MARÇOLA, Leandro. JUS. **Positivismo biológico, genética e sanção penal: análise da teoria lombrosiana com base nas descobertas científicas do século XXI**. MS, 06/2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40055/positivismo-biologico-genetica-e-sancao-penal-analise-da-teoria-lombrosiana-com-base-nas-descobertas-cientificas-do-seculo-xxi>. Acesso: 25 set 2020.

MUNIZ, J. O.; PAES-MACHADO, E. **Polícia para quem precisa de polícia: contribuições aos estudos sobre policiamento**. Caderno CRH, Salvador, v. 23, n. 60, p. 437-44, 2010.

NOGUEIRA, Fábio. **Governo Temer como restauração colonialista**. Le Monde Diplomatique Brasil, Rio de Janeiro, p. 4-5, 9 jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

PINC, T. **O uso da força não-letal pela polícia nos encontros com o público**. Dissertação de Mestrado. São Paulo, Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo – USP, 2006.

PINC, T. Porque O Policial Aborda?: Um Estudo Empírico Sobre A Fundada Suspeita. São Paulo, **Confluências Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito**, 2014.

SINHORETTO, Jaqueline. A Filtragem Racial Na Seleção Policial De Suspeitos: Segurança Pública E Relações Raciais. **Patrícia Magno**, ago. 2018. Disponível em: <https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2018/03/Filtragem-Racial-na-Sele%C3%A7%C3%A3o-de-Suspeitos.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOUZA, Maciana de Freitas e; SOUZA JUNIOR, Francisco Vieira de Souza Junior. Racismo Estrutural E A Violência Contra A Juventude Negra No Brasil. **Revista Transgressões: ciências criminais em debate**, 7 dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes>. Acesso em: 23 set. 2020.

TEXEIRA, Mônica. G1. **Delegado diz que agressão a entregador em shopping do Rio segue investigada como crime de racismo**. Rio de Janeiro. 11/08/2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/riodejaneiro/noticia/2020/08/11/delegado-diz-que-agressao-a-entregador-em-shopping-do-rio-segue-investigada-como-crime-de-racismo.ghtml>. Acesso em: 09 set 2020.

UNESCO. **Declaração sobre a raça e os preconceitos raciais – 1978**. Paris, 27 de novembro de 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/UNESCO-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ci%C3%Aancia-e-Cultura/declaracao-sobre-a-raca-e-os-preconceitos-raciais.html>. Acesso em: 20 set 2020.

VIANNA, P. C.; NEVES, C. E. A. B. **Dispositivos de repressão e varejo do tráfico de drogas: reflexões acerca do racismo de Estado**. Estudo de Psicologia, Natal, v. 16 n. 1, p. 31-38, 2011.

A REGULAMENTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS (IGF) COMO ALTERNATIVA PARA DISTRIBUIR A CONTA DA CRISE ECONÔMICA PROVOCADA PELA PANDEMIA

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista, pesquisador jurídico, graduado em Direito pela Faculdade Multivix de Cachoeiro de Itapemirim e pós-graduando em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade Ibmec/SP

YASMIN DO CARMO CACEMIRO²³

(coautora)

RESUMO: O presente analisa a contemporaneidade da proposta de regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) como opção para distribuir a conta da crise econômica provocada pelo coronavírus. Embora seja uma possibilidade prevista no art. 153, VII, da Constituição Federal de 1988, o tributo em comento nunca foi regulamento e instituído em solo pátrio. Contudo, o cenário pandêmico, que acentuou as desigualdades sociais e aumentou a pobreza no mundo, reacendeu a pauta na política brasileira. Tanto que tramita na Câmara dos Deputados projeto de lei com a finalidade de taxação sobre grandes fortunas. Complementarmente, estimativas mais recentes estabelecem que a riqueza dos bilionários brasileiros cresceu mesmo em meio a grave crise sanitária mundial. Diante de tais perspectivas, abordam-se no presente o tributo objeto das discussões, bem como sua realidade no Brasil e na experiência internacional, buscando ponderar se, de fato, tal imposto, caso instituído, tem potencial para contribuir para a recuperação econômica do país.

Palavras-chave: Direito Tributário; Reforma; Pandemia; Crise; IGF.

ABSTRACT: This article analyzes the contemporaneity of the proposed regulation of the Tax on Great Fortunes (IGF) as an option to distribute the bill for the economic crisis caused by the coronavirus. Although it is a possibility provided for in art. 153, VII, of the Federal Constitution of 1988, the tax in question was never regulated and instituted in Brazilian soil. However, the pandemic scenario, which accentuated social inequalities and increased poverty in the world, rekindled the agenda in Brazilian politics. So much so that a bill is being processed in the Chamber of Deputies with the purpose of taxing large fortunes. In addition, more recent estimates establish that the wealth of Brazilian billionaires grew even in the midst of a serious global health crisis. Given these perspectives, the tax object of the

²³ Graduanda do Curso de Direito da Multivix Cachoeiro de Itapemirim

discussions is addressed here, as well as its reality in Brazil and in the international experience, seeking to consider whether, in fact, such a tax, if instituted, has the potential to contribute to the country's economic recovery.

Keywords: Tax law; Remodeling; Pandemic; Crisis; IGF.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Metodologia. 3. Controvérsias e definições. 4. Experiência internacional. 5. Conclusão. 6. Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O advento da Covid-19 fez emergirem novamente as discussões sobre hipotética normatização do nominado Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), tributo previsto no inciso VII, do artigo 153, da Carta Política brasileira, mas sem regulamentação por lei complementar mesmo passadas mais de três décadas da promulgação do comando constitucional. Em março de 2020, pouco depois da eclosão da crise sanitária que tem assolado o planeta causando milhares de mortes, foi protocolado na Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 924/20. Em sua ementa, o referido informa que, sendo instituído, o IGF se destinaria exclusivamente ao combate da pandemia. Contudo, até o fechamento da pesquisa, no final da primeira quinzena de abril de 2021, a proposta aguardava despacho do presidente da Casa Legislativa, inexistindo sequer previsão de tramitação.

Trata-se, a bem da verdade, de iniciativa semelhante à outra protocolada no Senado Federal em 2019, o projeto de Lei Complementar nº 183. Este, segundo explicação da ementa, instituiria o IGF, estabelecendo que o fato gerador de incidência do tributo consistiria na titularidade de patrimônio líquido de valor superior a 12 mil vezes o limite mensal de isenção do Imposto de Renda de Pessoa Física, cuja alíquota varia de 0,5% a 1%, de acordo com o valor do patrimônio. Consulta pública ao endereço eletrônico da proposta revelou que, até o início de abril de 2021, o projeto aguardava a designação do relator.

O amplo preâmbulo permite intuir que, apesar da potencial arrecadação e da urgência de recursos que permitam amenizar os efeitos econômicos da crise gerada pelo coronavírus, a tributação da parcela mais rica da sociedade brasileira encontra resistência política ao tema. Oportuniza, igualmente, desnudar o assunto e explicitar não somente os aspectos técnicos da matéria, mas também as discussões que motivam eventuais objeções. Neste sentido, questões como as justificativas para não tributar o patrimônio de bilionários e como outros países do mundo lidam com o tema parecem um excelente ponto de reflexão. Busquemos, portanto, enfrentá-las iniciando com a compreensão do referido imposto e suas implicações.

MATERIAL E MÉTODOS

Dada a natureza da temática em estudo, a metodologia adotada nesta produção científica intermediária obedeceu alguns passos considerados necessários para se atingir o objetivo da pesquisa. Além do cogente levantamento bibliográfico, leitura e anotações preliminares, buscou-se fundamentá-la igualmente na sistematização de ideias. Trata-se, portanto, de investigação caracterizada pelo exame bibliográfico e doutrinário, mas também por apreciação a pesquisas recentes. Destarte, durante duas semanas foram coletados dados para subsidiar o projeto.

1. CONTROVÉRSIAS E DEFINIÇÕES

Prelecionam os professores Marcos Aurélio Pereira Valadão e Valcir Gassen (2020, p. 181) que “todos os impostos previstos na Constituição Federal foram instituídos exceto o imposto sobre grandes fortunas de competência da União”. A observação dos autores lança luz sobre uma questão antiga que divide os tributaristas e outros estudiosos.

Como explica o mestre em Administração Pública e contador Zulmir Ivânio Breda (2021), presidente do Conselho Federal de Contabilidade (CFC), trata-se de “assunto controverso há muito tempo e no mundo todo”, lembrando ainda que existem “defensores e detratores desse tipo de tributo”.

Aqueles que defendem o imposto sobre a fortuna argumentam, resumidamente, que o IGF fornece uma solução para amenizar os contínuos déficits orçamentários e alavancar o crescimento do PIB dos países, ainda contribuindo para atenuar o abismo da desigualdade econômica com a distribuição de renda. Do lado oposto, há argumentos que apontam para os riscos envolvidos com a adoção do IGF, como o de fuga de capital e o de aumento da evasão fiscal. Além disso, alega-se que essa arrecadação não é significativa em relação ao total de receitas tributárias e há custos administrativos para a sua fiscalização (BREDA, 2021)

Dito isto, rememoram Valadão e Gassen (2020, p. 182-183) que o IGF foi previsto em 1988 na Constituição Federal brasileira, não tendo precedentes nas constituições anteriores. Destacam os pesquisadores igualmente que o imposto encontra-se “meio que oculto nas discussões acerca do tema tributação, como por exemplo, as discussões em torno da necessidade ou não de uma reforma tributária”.

Para ambos, merece atenção o fato de que o IGF não tem ocupado a pauta política e muito menos a pauta da imprensa nacional (p. 183). Teorizam os autores que muito provavelmente porque os meios de comunicação no Brasil estão concentrados em mãos de poucas famílias “que seriam os potenciais contribuintes deste imposto, e também

porque, em sua maioria, os representantes populares que aprovariam tais tributos seriam afetados por ele, o que não aconteceria com a maioria da população”.

Para além da inevitável polêmica, cogente algumas ponderações que permitam compreender melhor a natureza do IGF. Como explica o constitucionalista Sylvio Motta (2021, p. 1.059), o tributo em comento, nos termos da previsão constitucional, deve ser instituído por lei complementar. “Apesar de não ser questão pacífica, entende-se majoritariamente que a lei complementar não se limitará, ao criar o tributo, a estabelecer seu fato gerador, sua base de cálculo e contribuintes”.

O próprio professor esclarece (p. 1.059) que, do contrário, “não seria necessária a taxatividade da exigência do inciso VII do art. 153, bastando a previsão do art. 146, a, [...], que exige norma desse tope para regular tais matérias com relação aos impostos previstos na Constituição”. Assim sendo, assevera que:

Com base nesse raciocínio, no caso do imposto sobre grandes fortunas prepondera o entendimento de que a lei complementar irá além, definindo todos os elementos do tributo, não somente seu fato gerador, sua base de cálculo e contribuintes. É oportuno ressaltar que o imposto sobre grandes fortunas, os impostos e as contribuições de seguridade social inseridos na competência residual da União e os empréstimos compulsórios correspondem às únicas hipóteses em que a Constituição requer lei complementar para que seja criado um tributo. Como não se admite, no caso, a utilização de lei ordinária, está vedado o uso, conseqüentemente, de medida provisória (Mota, 2021, p. 1.060)

O tributarista Alexandre Mazza, por sua vez, aponta que o IGF, ao ser instituído, deverá submeter-se tanto à anterioridade anual quanto à nonagesimal. “Importante destacar ainda que, como a competência tributária é imprescritível, a União não tem prazo para criar o IGF, e, mesmo que sua instituição demore décadas para efetivar-se, a competência não se deslocará a outra entidade federativa” (MAZZA, 2020, p. 450).

Por fim, na esteira do que ensina Eduardo Sabbag (2021, p. 211), válido lembrar, em conclusão ao capítulo, que o art. 177, II, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional) prevê a impossibilidade de concessão da isenção aos tributos cuja competência tributária não tenha sido exercida. Nessa medida, como preleciona o mestre, “não se pode isentar um ‘imposto sobre grandes fortunas’, haja vista o fato de que a competência tributária para a sua instituição não foi ainda exercida pela União”.

Na mesma linha, informa o professor Roberto Caparroz (2020, p. 326) que não é vedada a criação do IGF, pois não há norma de imunidade nesse sentido. Assim, aduz que

cabe à União, no exercício da sua competência, decidir pela criação ou não do tributo, mediante processo legislativo adequado, mas “sempre que o ente público opta por não criar o tributo, ainda que isso seja possível, nos deparamos com um caso de não incidência (o tributo poderia existir, mas não houve o exercício da competência, como no caso do IGF)”.

2. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

O advogado constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos (2018, p. 1489) esclarece que existem experiências internacionais com relação à regulamentação do imposto sobre grandes fortunas. Segundo informa no livro “Curso de Direito Constitucional”, tal tributo foi instituído, por exemplo, “na Espanha e na França sob a veste dos impostos sobre o luxo e sobre os grandes patrimônios”.

Outra observação pertinente sobre a experiência internacional em relação à tributação dos mais ricos deriva da pesquisa de Valadão e Gassen (2020, p. 183). Como lembram, “embora os EUA não tenha tributo sobre grandes fortunas federal, alguns Estados cobram impostos sobre patrimônio (com um escopo maior que o patrimônio imobiliário)”.

Adverte Breda (2021), contudo, que sempre que o assunto tributação de fortunas volta à mesa, uma carta é lançada: a experiência internacional com esse tipo de cobrança não tem sido positiva. Como ressalta, “dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) mostram que, dos seus 37 países membros, 12 já instituíram a cobrança do imposto sobre fortunas”. Da relação fazem parte, além das já citadas Espanha e França, Áustria, Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Islândia, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos, Suécia e Suíça. “Desses, em 2020, apenas Espanha, Noruega e Suíça mantinham o tributo – com alíquotas nominais progressivas e incidentes sobre as fortunas líquidas de pessoas físicas” (BREDA, 2021).

Sobre a experiência brasileira, Valadão e Gassen (p. 183) fazem importante crítica. Asseveram os autores que:

As poucas vezes que a instituição do IGF veio à pauta os argumentos contrários a sua instituição vieram de forma contundente afirmando que o custo administrativo deste tipo de tributo é muito alto, que afugentaria do Brasil as grandes fortunas, pois os contribuintes buscariam paraísos fiscais, que é difícil determinar qual será a base de cálculo, que aumentaria a sonegação fiscal pela ocultação do patrimônio, que não se tem garantia de que as receitas tributárias do IGF seriam corretamente aplicadas, enfim, uma sorte de argumentos com baixo grau de racionalidade e com forte grau ideológico da elite

econômica brasileira. Embora haja argumentos de cunho econômico como a estrutura de formação capital, vis a vis o investimento público e privado, não se nota muita racionalidade nas discussões em torno do IGF (VALADÃO; GASSEN, 2020, p. 183)

Nota-se pelo exposto que não faltam justificativas dos que buscam inviabilizar a regulamentação do IGF em território brasileiro. Breda (2021) adiciona ainda outros pontos à discussão, ao comentar os citados dados da OCDE. “Esses dados da OCDE, analisados em relatório elaborado pelo Insper, mostram que, nos países em que o imposto foi extinto, havia preocupações quanto à eficiência arrecadatória e aos custos administrativos ante as receitas geradas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo deste breve ensaio a discussão sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas é temática antiga e contraditória que emerge novamente no Brasil no contexto da pandemia. Para os defensores da proposta, o IGF apresenta-se como potencial solução para mitigar os graves efeitos econômicos provocados pela crise sanitária. Seus detratores, contudo, descortinam dados da experiência internacional que permitem, no mínimo, questionar a efetividade da ideia.

Por certo, há que se considerarem as lições que podem ser extraídas dos resultados obtidos nos países que implantaram o tributo e, posteriormente, o aboliram. De igual modo é preciso analisar a perspectiva das experiências espanhola, norueguesa e suíça.

Fato é que sem o aprofundamento das discussões e uma colossal vontade política, impossível conceber que qualquer proposta de regulamentação, ainda que bem intencionada, consiga êxito em solo pátrio. Como argumenta o tributarista Hugo de Brito Machado Segundo (2019, p. 287), o IGF, no Brasil é “exemplo raro de competência tributária não exercitada, motivado por razões exclusivamente políticas”.

Duas observações do autor merecem nota final, pela capacidade de afastar parte dos argumentos daqueles que resistem à regulamentação. Primeiro (p. 288), “quanto à fuga das grandes fortunas, não seria esse tributo, cujas alíquotas não devem ser elevadas – como de resto se dá com os tributos incidentes sobre o patrimônio em geral – o grande responsável por [estas]”.

Segundo (p. 288), “o fato de a arrecadação obtida com esse imposto não ser significativa, por sua vez, não é razão para que não seja instituído [...], porque seria ela, de qualquer modo, alguma arrecadação”. Ademais, como aduz, “[...] sua principal finalidade não seria suprir os cofres públicos com abundância de recursos, mas realizar o princípio da capacidade contributiva e incrementar a legitimidade do sistema tributário brasileiro”.

Parecem motivos suficientes para embasar as discussões preliminares sobre as propostas mencionadas no começo da pesquisa e que repousam no Congresso Nacional a espera de disposição política.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 00924/2020. *Institui o Imposto sobre Grandes Fortunas a ser destinado exclusivamente ao combate da pandemia do Covid-19 (Coronavírus)*. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241837> > . Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei Complementar nº 183, de 2019*. Regulamenta o disposto no art. 153, inciso VII, da Constituição Federal, para instituir o Imposto sobre Grandes Fortunas. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137929> > . Acesso em: 15 abr. 2021.

BREDA, Zulmir Ivânio. *Imposto sobre grandes fortunas: controvérsia e oportunidade*. Disponível em: < <https://cfc.org.br/destaque/imposto-sobre-grandes-fortunas-controversia-e-oportunidade/>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPARROZ, Roberto. *Direito tributário esquematizado*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Manual de direito tributário*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito tributário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOTTA, Sylvio. *Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SABBAG, Eduardo. *Direito Tributário Essencial*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; GASSEN, Valcir. *Tributação nos Estados Unidos e no Brasil*. Estudo comparativo da matriz tributária (atualizado com a reforma tributária Trump). São Paulo: Almedina, 2020.

AS POSSIBILIDADES DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA NO PROCESSO CIVIL

NEVITON ISAAC BARROSO SANTANA:

Advogado. Pós-graduado em Processo Civil.

RESUMO: O presente artigo tem como fito analisar as possibilidades de modificação da coisa julgada no processo civil à luz dos entendimentos doutrinários, da jurisprudência, da lei e da Constituição Federal. Assim como, os pontos convergentes e divergentes sobre a questão. Utilizou-se, para tanto, o método de pesquisa bibliográfico, com a leitura da lei positiva, doutrinas, jurisprudências e artigos; a abordagem qualitativa; e as técnicas de pesquisa dedutiva - pelo estudo do já firmado - e indutiva, pelo estudo empírico. É o objeto do presente, a coisa julgada em processo civil; e a problemática, a possibilidade da sua relativização. Seguindo-se à introdução, serão sucintamente perscrutadas as situações que se adequam às três proposições de relativização da coisa julgada em processo civil, isto é, a ação rescisória, a ação anulatória e a *querela nullitatis*, findando-se com a conclusão e as referências.

Palavras-chave: coisa julgada. relativização da coisa julgada. sentença cível. processo civil.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibilities of modifying res judicata in civil proceedings in the light of doctrinal understandings, jurisprudence, law and the Federal Constitution. As well as, the converging and divergent points on the issue. For that, the bibliographic research method was used, with the reading of the positive law, doctrines, jurisprudence and articles; the qualitative approach; and the techniques of deductive research - for the study of the already established - and inductive, for the empirical study. It is the object of the present, the thing judged in civil proceedings; and the problematic, the possibility of its relativization. Following the introduction, the situations that fit the three propositions of relativizing the res judicata in civil proceedings, that is, the rescissory action, the annulment action and the nullitatis dispute, will be succinctly examined, ending with the conclusion and references .

Keywords: res judicata. relativization of res judicata. civil sentence. civil Procedure.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de coisa julgada. 2. Diferença entre coisa julgada material e formal. 3. Estabilização e modificação da coisa julgada. 3.1 Ação rescisória. 3.1.1 Controle de constitucionalidade erga omnes ex tunc. 3.2 Ação anulatória. 3.3 Querela nullitatis. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá tratar das possibilidades de se relativizar a coisa julgada no âmbito do processo civil. Para tanto, buscou-se as disposições legais atinentes, bem como, as explanações teóricas de renomados processualistas e teores jurisprudenciais.

A relativização da coisa julgada deve ser encarada como algo excepcional, ao passo que visa a reanálise de uma decisão transitada em julgado. O que, por conseguinte, e, se feita a bel-prazer, resultaria numa evidente insegurança jurídica. Nesse sentido, é necessário que, esgotadas todas as possibilidades de recorrimento, o processo já não possa ser mais reanalisado.

Todavia, e se, de tal sorte, o feito, mesmo nesta situação, revele vício que comprometa gravemente a higidez do sistema jurídico constitucional, ao fito que a parte quede prejudicada indevidamente no seu direito, então se deve pensar contundentemente numa reparação do sucedido. O fulcro, portanto, da reanálise da coisa julgada, resiste no inilidível desparate aos princípios fundamentais do sistema jurídico.

Observa-se, outrossim, que nas situações tocantes, privilegia-se a tutela jurisdicional em detrimento da sobressaliência inconsequente da forma. Por isso, nem sempre é o vício em si que dá ensejo à relativização da coisa julgada, como no caso do desvendamento de prova nova ou da superveniência de julgado do STF com efeito *erga omnes ex tunc*.

1. CONCEITO DE COISA JULGADA

Quando, após conhecer duma ação ou recurso ou não, o magistrado ou o tribunal profere sua sentença ou acórdão, e a ele já não cabem recursos, ela tornará coisa julgada, a qual é adjetivada, conforme a situação, em material e/ou formal.

Cuida-se, portanto, de coisa julgada, a situação processual em que cessaram as possibilidades recursais. Reveste-se, conseqüentemente, a decisão, de estabilidade, imutabilidade e forçosa efetibilidade.

2. DIFERENÇA ENTRE COISA JULGADA MATERIAL E FORMAL

A coisa julgada - situação do feito que transita em julgado - divide-se em material e formal, conforme o caso. Porém, enquanto esta se refere à impossibilidade de se mudar uma decisão proferida pela preclusão dos recursos, aquela, em consequência da outra, e porque foram observados todos os trâmites legalmente exigidos, pela impossibilidade de mudá-la na sua matéria. Diferentemente da coisa julgada material, a formal adstringe-se

ao processo em questão, com a extinção do mesmo sem julgamento do mérito – sentença terminativa (art. 485, CPC)²⁴ – ou aliando-se à sentença definitiva (art. 487, CPC).

Nas palavras de Theodoro Jr. (2015, Cap. XXVIII):

Na verdade, a diferença entre a coisa julgada material e a formal é apenas de grau de um mesmo fenômeno. Ambas decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença. A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição. [...] [Ela] é tradicionalmente tratada pelos processualistas como fato relevante em matéria de eficácia da sentença. Decorre essa modalidade de *res iudicata* da regra que impede o juiz de reapreciar, dentro do mesmo processo, as questões já decididas (NCPC, art. 505).

Ao passo que a lei trouxe um conceito próprio à coisa julgada material, por meio do art. 502 do Código de Processo Civil (CPC), *in verbis*: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”, não o fez quanto à coisa julgada formal, esta é tratada pelos processualistas e tribunais.

Nesse sentir, tem-se, por exemplo, o acórdão do STJ, em julgamento de Habeas Corpus pela Sexta Turma, de Relatoria do Min. Nefi Cordeiro:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA. TRÂNSITO EM JULGADO. CRIME DE ESTUPRO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPUGNANDO APENAS A IMPRONÚNCIA.

²⁴ É importante salientar o disposto no Art. 486 e seus parágrafos, que dizem: “O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação. § 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito. § 2º A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado. § 3º Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.”

INTEMPESTIVIDADE NÃO RECONHECIDA NA ORIGEM. NULIDADE. OFENSA À COISA JULGADA FORMAL. CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL DA ABSOLVIÇÃO. PRECLUSÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. **Certificado o trânsito em julgado da sentença de impronúncia, operou-se o instituto da coisa julgada formal, isto é, a sentença não pode ser alterada através de recurso que configura ato processual, porquanto preclusas as questões já decididas, nos termos do art. 507 do CPC c/c o art. 3º, do CPP.** 2. O conhecimento e provimento de apelação, interposta após o trânsito em julgado da sentença de impronúncia, evidencia ofensa à coisa julgada formal. 3. Para rediscussão dos fatos pelos quais houve a impronúncia, imperiosa a necessidade de novas provas substanciais, que poderão embasar o oferecimento de nova denúncia, nos moldes do art. 414, parágrafo único, do CPP. Precedente. 4. Nada aventado nas razões recursais ministerial quanto à sentença absolutória pelo crime de estupro, é de se reconhecer a preclusão de qualquer questão sobre o tema. 5. Habeas corpus concedido para anular o acórdão impugnado e restabelecer o trânsito em julgado da sentença de impronúncia. (STJ - HC: 310387 PR 2014/0315773-8, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 22/05/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/06/2018) [grifo nosso]

3. ESTABILIZAÇÃO E MODIFICAÇÃO DA COISA JULGADA

De tal sorte é importante a estabilização da coisa julgada que, sem ela, a questão ventilada num processo quedaria na sua irresolução, podendo o mesmo objeto ser tratado quantas vezes desejadas; o Estado-Juiz seria nada mais que um instituto de promoção da autocomposição.

O ente público quando toma para si a responsabilidade de apaziguamento social e de efetivação do direito previsto, toma também a “palavra última” a ser proferida quando instigado (Princípio da Ação), nos limites do sistema jurídico (Princípio da Imparcialidade).

Portanto, quando um processo iniciado no foro competente, suplantado a todos os recursos possíveis, transita em julgado, a decisão última se estabiliza *inter partes* ou *erga omnes* (em casos excepcionais), não podendo mais ser modificada, exceto em três

possibilidades jurídicas, quais sejam, a ação rescisória, a ação anulatória e a *querela nullitatis*.

3.1 Ação Rescisória

A ação rescisória é meio impugnatório previsto em lei, possível contra decisão transitada em julgado, em casos específicos e taxativos.²⁵ A aludida ação está prevista nos Artigos 966 e *ss* do CPC/15, e caberá nos seguintes casos:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente [e não relativamente] incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;²⁶

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso,²⁷ capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

²⁵ A ação rescisória é ação autônoma, e não, recurso.

²⁶ É o ensinamento de Câmara, 2017, p.473, que "ofende a coisa julgada o julgamento de recurso inadmissível erradamente admitido (como se dá, por exemplo, no caso de o tribunal julgar o mérito de apelação intempestivamente interposta), já que tal julgamento terá ofendido a coisa julgada já formada sobre a decisão contra a qual nenhum recurso admissível foi interposto."

²⁷ "Pense-se, por exemplo," alumia Câmara (2017, p.475), "na hipótese de aprova nova ter sido obtida quando pendente de julgamento apenas um recurso extraordinário (no qual é inadmissível a produção de

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.
[grifo nosso]

Com relação ao inciso I do artigo supracitado, a lição de CÂMARA, 2017, p. 470, é salutar, observe-se:

tendo o juiz prolator da decisão, para proferi-la, cometido qualquer um desses crimes, é rescindível o pronunciamento judicial viciado. No caso de julgamento colegiado, será rescindível a decisão judicial se o crime tiver sido cometido por magistrado que tenha proferido voto vencedor (mas não se o magistrado autor do ilícito penal tiver proferido voto vencido, caso em que o beneficiário do voto não terá logrado êxito no processo apesar do ilícito penal cometido). [Aplicase o mesmo no caso de impedimento, do inciso II]

Vale registrar, aqui, aliás, que se o juiz cometeu um desses crimes para proferir decisão, mas esta veio a ser substituída, por força de recurso, por outra decisão (ainda que de mesmo teor), não será possível a rescisão, já que a decisão viciada não terá transitado em julgado, substituída que terá sido por outra decisão, prolatada em grau de recurso, e que não está eivada de qualquer vício.

Assim como, é importante o que o referido processualista alumia tocantemente ao inciso V, divise-se:

A norma violada pode ser de direito material ou de direito processual. Assim, por exemplo, é rescindível pronunciamento judicial que tenha sido proferido sem respeitar os limites da demanda (decisão *ultra* ou *extra petita*), o que vai contra o disposto no art. 492. Do mesmo modo, é rescindível decisão que, por exemplo, admita compensação entre uma dívida de natureza civil vencida e outra vincenda, o que contraria o disposto no art. 369 do Código Civil. (CÂMARA, 2017, p. 473)

qualquer meio de prova). Pois, neste caso, deve-se reputar rescindível a decisão, já que não levou em conta prova que já existia, capaz por si só de assegurar à parte que restou vencida julgamento favorável, mas que não era conhecida ou não pôde ser usada ao tempo em que admissível a produção da prova, e que foi obtida quando já não poderia mais ser trazida aos autos.”

Continua ainda o art. 966:

§ 1º Há erro de fato quando a decisão rescindenda admitir fato inexistente ou quando considerar inexistente fato efetivamente ocorrido, sendo indispensável, em ambos os casos, que o fato não represente ponto controvertido sobre o qual o juiz deveria ter se pronunciado.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

§ 3º A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão.

[...]

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica. [grifo nosso]

Outros casos em que a ação ventilada é permitida estão previstos no art. 658 do CPC, o qual trata da partilha judicial (e não amigável). Firma o dispositivo:

Art. 658. É rescindível a partilha julgada por sentença:

I - nos casos mencionados no art. 657 (dolo, coação, erro essencial ou intervenção indevida de incapaz);

II - se feita com preterição de formalidades legais;

III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

A propositura da ação rescisória, sem adentrar às questões processuais mais complexas, é possibilitada, nos termos do Art. 967 do mesmo Diploma, a quaisquer das partes que atuaram no feito ou seus sucessores universais ou singulares (isto é, quem recebe o todo ou parte da herança); ao terceiro interessado juridicamente (aquele que foi afetado pelo processo rescindendo com prejuízo); ao Ministério Público - MP (quando não ouvido no processo que deveria intervir, ou a decisão rescindenda resultar de simulação ou colusão das partes, com o fito de fraudar a lei, ou nos casos em que a lei exige sua atuação); ou àquele que deveria ser e não foi ouvido no processo objeto.

Além delas, deve-se considerar as disposições atinentes em outros capítulos do Código Civil, como a do § 1º do art. 425, que impõe que “os originais dos documentos digitalizados” acostados aos autos “deverão ser preservados pelo seu detentor até o final do prazo para propositura de ação rescisória”, ou ainda, a do §3º do art. 517, que possibilita ao “executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda [...] requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.”

Os arts. 525, §15 e 535, §8º, por sua vez, garantem que, em caso de execução reconhecendo obrigação de pagar quantia certa com decisão transitada em julgado cujo

título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo [fora] considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (Art. 525, §12),

a mesma poderá ser submetida à ação rescisória, com prazo contado a partir da proferição da decisão pelo Supremo Tribunal Federal (SFT). Sendo que, esta deverá ter sido posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda (art. 525, §15 e 535, §8º) (em caso de ser anterior, observa-se o art. 525, §1º, III ou o 535, III); devendo-se ater a possibilidade de sua modulação (art. 525, §13 e 535, §6º).

A faculdade da ação ventilada ocorre ainda no caso da ação monitória, quando não interpostos os embargos previstos no art. 702, nos termos do art. 701, §3º. E nos casos de improcedência liminar do pedido (art. 332) conforme art. 968, §4º.

Relativamente à petição inicial da ação rescisória, esta deverá conter, além do pedido de rescisão, o de novo julgamento do processo em questão, conforme o caso, além

de acompanhar - sob gravame de indeferimento – depósito, no importe de 5% (cinco por cento) “sobre o valor da causa”, não superior a 1000 (mil) salários mínimos, “que se converterá em multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível ou improcedente” (art. 968). Recordando à excessão dessa exigência se o rescindente for a “União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as suas respectivas autarquias e fundações de direito público, o Ministério Público, a Defensoria Pública e os que tenham obtido o benefício de gratuidade da justiça.” (adaptado, art. 968, §1º).

Caso a referida petição seja endereçada a tribunal incompetente (sempre será um tribunal a julgar decisão rescindenda de órgão imediatamente inferior), o mesmo devolverá a peça ao autor, a fim de que ele a emende, quando a decisão rescindenda não tiver apreciado o mérito e não incorrer nas hipóteses do §2º do art. 966, ou tiver sido substituída por decisão posterior. Após as providências realizadas, será possibilitado ao réu complementar os fundamentos da sua defesa. Por fim, os autos serão remetidos ao tribunal competente. Recordar-se que o legislador preconizou a taxatividade com o rol de possibilidades de emenda. (art. 968, §5º)

Câmara, 2017, p. 470, tratando ainda dos casos de incidência, ensina que

não só sentenças, mas também decisões interlocutórias podem ser rescindíveis, sempre que se enquadrem em alguma das hipóteses previstas no art. 966 (FPPC, enunciado 336: “Cabe ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito” 28). [grifo nosso]

Demais, o art. 969 preleciona que “a propositura da ação rescisória não impede o cumprimento da decisão rescindenda, ressalvada a concessão de tutela provisória”. Portanto, a ação tratada não tem, em regra, efeito suspensivo.

Tocantemente à petição inicial, esta deverá ser enviada ao tribunal competente para a análise da mesma, assim compreendido, o imediatamente superior ao do juízo de primeira instância prolator, ou o mesmo tribunal que proferiu a decisão rescindenda (vide arts. 102, I, *j*; 105, I, *e*; e 108, I, *b*, todos da Constituição Federal/88). (CÂMARA, 2017, p.447)

Após o recebimento da ação, o relator estipulará prazo de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias para a parte requerida apresentar resposta. Findado o prazo com ou sem esta, a ação seguirá pelo rito ordinário (art. 970, CPC).

28 Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) *apud* CÂMARA, 2017, p. 470.

Caso os fatos alegados pelas partes dependerem de prova, o relator poderá, à permissão do art. 972 do CPC, delegar a competência ao órgão prolator da decisão rescindenda, fixando prazo de 1 (um) a 3 (três) meses para que os autos sejam devolvidos.

Passada a instrução, as partes poderão apresentar alegações finais num prazo de 10 (dez) dias, sendo, ao fim, os autos remetidos ao relator, para que este os aduza ao colégio, o qual julgará (art. 973).

Julgando procedente o pedido, o tribunal rescindir a decisão, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito a que se refere o inciso II do art. 968.

Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82. (art. 974, CPC)

Cabe, por fim, salientar que o prazo para propositura da ação rescisória é, em regra, de 2 (dois) anos “contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo” (art. 975, CPC).²⁹ Sendo este prazo decadencial e não processual (em dias corridos).

Há, contudo, casos legalmente previstos em que o prazo poderá se estender e ter seu início noutra momento que não o do trânsito em julgado da sentença rescindenda. Incluem-se aí os §§ 2º e 3º do artigo 975, *ipsis literis*.

§ 2º Se fundada a ação no inciso VII do art. 966, o termo inicial do prazo será a data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

§ 3º Nas hipóteses de simulação ou de colusão das partes, o prazo começa a contar, para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, a partir do momento em que têm ciência da simulação ou da colusão.

²⁹ Para DONIZETTE, 2017, p. 1534, em casos complexos, em que o julgador profere decisões conclusivas sobre questões diversas em momentos diversos, o prazo começa a contar a partir do trânsito em julgado de cada decisão.

Também os arts. 525, §15 e 535, §8º, como não prescrevem tempo determinado, deixam-se *ad infinitum*, considerado o art. 975.30

Em toda situação, caso o dia do término do prazo se der durante as férias forenses, recesso, feriados, ou em dia em que não houver expediente forense, ele será prorrogado até o primeiro dia útil imediatamente subsequente.

É de bom alvitre, por fim, declinar a impossibilidade da ação rescisória nos casos seguintes:

- Nas causas processadas nos Juizados Especiais Estaduais (art. 59 da Lei nº 9.099/95);
- Às decisões de ADI, ADC e ADPF (art. 26 da lei nº 9.868/99 e art. 12 da lei nº 9.882/99).

3.1.1 Controle de Constitucionalidade *erga omnes ex tunc*

Ainda que não previsto expressamente no diploma processual civil (com exceção das disposições dos artigos 525, §15 e 535, §8º), os processos transitados em julgado, cujas decisões tocam, objetivamente, matéria declarada inconstitucional ou constitucional, também podem ser objeto de ação rescisória.

Nesse tinir é o julgamento do RE 328.812 ED pelo STF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes (STF, s.d.):

Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o

30 Câmara (2017, p.482), reclamando segurança jurídica, recorre, analogamente, ao art. 205 do Código Civil/02 (CC), para defender que o prazo máximo para rescisão seja de 10 (dez anos) "após o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo em que se prolatou a decisão rescindenda", nos casos dos arts. 975, § 3º, 525, § 15, e 535, § 8º do CPC.

Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. [RE 328.812 ED, rel. min **Gilmar Mendes**, P, j. 6-3-2008, DJE 78 de 2-5-2008.]

Assim como, a tese de repercussão geral definida no RE 730.462, com relatoria do Min. Teori Zavascki (STF, s.d.):

A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). [Tese definida no RE 730.462, rel. min. **Teori Zavascki**, P, j. 28-5-2015, DJE 177 de 9-9-2015, Tema 733.]

Ambos os julgados foram posteriormente reiterados pela Mesma Corte Superior.³¹

Ademais, as qualidades de *erga omnis* e *ex tunc* dos julgados em controle de constitucionalidade são tácitos, exceto se modulados no tempo pelo Supremo Pretório nos termos da Constituição.

3.2 Ação Anulatória

A ação anulatória, como a ação rescisória, realiza a mudança da coisa julgada, *mutatis mutandis*. Contudo, enquanto esta “comporta em alguma medida o reexame do mérito, [aquela] (...) limita-se ao controle da *regularidade processual* das sentenças arbitrais, não podendo o juiz estatal ir além de eventuais nulidades alegadas por aquele que vem postular a sua desconstituição” (DINAMARCO e LOPES, 2018, p. 223).

Na explanação de Theodoro Jr. (2018, cap. XXVI):

Os atos processuais comuns independem de ação para decretação de invalidade, resolvendo-se em decisão interlocutória pelo juiz da

³¹ Vide **AR 1.415 AgR**-segundo, rel. min. **Luiz Fux**, P, j. 9-4-2015, DJE 79 de 29-4-2015; **AR 2.370 AgR**, rel. min. **Teori Zavascki**, P, j. 22-10-2015, DJE 225 de 12-11-2015; **AR 2.572 AgR**, voto do min. **Gilmar Mendes**, red p/ o ac. min **Dias Toffoli**, P, j. 24-2-2017, DJE 54 de 21-3-2017; **AR 2.572 AgR**, rel. min. **Dias Toffoli**, P, j. 24-2-2017, DJE 54 de 21-3-2017; e **AR 1.981 AgR**, rel. min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. min. **Dias Toffoli**, P, j. 20-2-2018, DJE 39 de 1-3-2018. (STF, s.d.)

causa, ou pelo tribunal, em grau de recurso. Há, porém, aqueles que integram verdadeiros negócios jurídicos processuais, com geração de direitos subjetivos para a parte e até para terceiros. Para desconstituí-los, a lei exige ação própria, que se desenvolverá conforme o procedimento comum, a qual se atribui a denominação de *ação anulatória*, para distingui-la da ação rescisória, cujo objeto é a sentença de mérito transitada em julgado (NCPC, art. 966, *caput*).

O instituto ventilado, demais, encontra-se firmado no §4 do art. 966 do CPC, que prevê que “Os atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo, bem como os atos homologatórios praticados no curso da execução, estão sujeitos à anulação, nos termos da lei.”

Da análise do texto supratranscrito, continua THEODORO JR. (2018, cap. XXVI) em salutar explanação:

o objeto da ação anulatória é o ato praticado pelas partes ou terceiros e, não, a sentença proferida pelo juiz. Esta ação, portanto, “não pretende a anulação de atos judiciais, entendidos como ‘atos praticados pelo magistrado’, mas sim, ‘atos praticados, ou inseridos, pelas partes em juízo’”,³² nos quais a intervenção do juiz ocorre apenas em caráter integrativo ou homologatório. As decisões de mérito devem ser objeto de rescisória (art. 966, *caput*). [...] Vale dizer: aplicou-lhe o regime comum de desconstituição dos negócios jurídicos em geral.

Ex positis, a ação anulatória cabe às situações seguintes:

- Às do §4^a do art. 966 do CPC, anteriormente citado (em suma, **sentença homologatória e atos consensuais havidos no processo, inclusive na execução**);
- À **partilha amigável**, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz, (...) [quando houver] por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de

³² NUNES, Guilherme Nascentes. Ação anulatória do art. 485 do CPC: hipóteses de cabimento. Quais as alterações trazidas pelo art. 284 do CPC projetado? Revista de Processo, v. 39, n. 235, p. 192, set. 2014.

incapaz, observado o disposto no § 4º do art. 966 . (Art. 657, caput, CPC) [grifo nosso];

- Do Art. 393, CPC, que diz: “a **confissão** é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.” [grifo nosso];
- Aos atos processuais viciados aos quais suceda sentença que **não** resolva litígio (THEODORO JR. 2018, Cap. XXVI);
- Aos negócios jurídicos viciados nos termos da lei civil (vide art. 166 e ss e 171, ambos do Código Civil – CC/02).³³
- Às sentenças arbitrais (art. 33 da lei 9.307/96) (não confundir com sentenças homologatórias);

Ressalta-se a existência de duas correntes doutrinárias quanto à incidência da ação anulatória sobre a sentença de mérito. Uma afirmativa e outra negativa, a primeira amparada por teóricos como Theodoro Jr. (2018, cap. XXVI), e a segunda, por outros como Didier e Cunha (2016, n.p.), estes defendendo que a ação devida, *in casu*, seria a *rescisória*.

Todavia, em coerência com a letra, pende-se à razão a Theodoro Jr., ao passo que o §4º do art. 966 do CPC não restringe a amplitude do que se possa compreender como ato praticado pelas partes e homologado pelo juiz, devendo-se aí também incluir os atos homologados em sentença de mérito.

Nesse sentido é o entendimento fixado pela Terceira Turma do STJ (Superior Tribunal de Justiça) em Recurso Especial com relatoria da Min. Nancy Andrighi, do ano de 2018, observe-se:

RECURSO ESPECIAL AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA
HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO

³³ Donizetti, 2017, págs. 1164-1165, salienta “a impossibilidade de retratação do acordo livremente celebrado [em cartório]. Em verdade, o negócio jurídico pactuado perante o tabelião somente poderá ser desconstituído mediante ação anulatória, por eventual vício de consentimento, observando-se o prazo decadencial de quatro anos. Vale lembrar também a impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória, porquanto não se está diante de decisão judicial.

Conforme o art. 177. do CC/02, “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade.” Portanto, só se pode anular um negócio jurídico por meio de sentença (o que não ocorre com os negócios jurídicos nulos – vide arts. 166 e 169 do CC/02 – que são inexistentes de pleno direito).

JURISDICIONAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. JULGAMENTO EXTRA PETITA. AUSÊNCIA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. INVALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO. ANULABILIDADE. PRAZO PRESCRICIONAL. CC/16. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADO. 1. Ação de anulatória de sentença homologatória ajuizada em 07/10/2010, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 28/03/2016 e atribuído ao gabinete em 24/05/2017. 2. O propósito recursal é decidir sobre: (i) a negativa de prestação jurisdicional; (ii) a ocorrência de julgamento extra petita; (iii) a consumação da prescrição. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há falar em violação do art. 535, I e II, do CPC/73. 4. Quando a demanda é decidida nos contornos da lide, que são estabelecidos a partir do exame da causa de pedir e dos limites do pedido veiculado em sua petição inicial, não há falar em julgamento extra petita. 5. O vício de consentimento - a exemplo do erro substancial cuja ocorrência foi admitida na hipótese - é defeito que implica a anulabilidade do negócio jurídico viciado. 6. A pretensão de desconstituir o negócio jurídico eivado de vício de consentimento sujeita-se a prazo decadencial de 4 anos, consoante o disposto no art. 178, I e II, do CC/02, ou prescricional de 4 anos, segundo o art. 178, § 9º, V, b, do CC/16, a contar do dia em que se realizou o ato anulável. 7. Em virtude do exame do mérito, por meio do qual foi acolhida a tese sustentada pelos recorrentes, fica prejudicada a análise da divergência jurisprudencial. 8. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1630108 MG 2016/0259916-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2018)

Também essa é a resolução de 2018 da Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em Agravo de Instrumento Nº 70076766294, de relatoria do Des. Tregnago Saraiva, vide:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA. Pagamento de custas ao final. Pedido de reconsideração. Como sabido, o pedido de reconsideração não

suspende nem interrompe o prazo para a interposição de recurso. Em realidade, a agravante não se conforma com a decisão anteriormente proferida que autorizou o pagamento de custas ao final. Ademais, a decisão que defere o pagamento de custas ao final não é recorrível por agravo de instrumento. Interesse de agir. Adequada a via eleita pelo agravante para anular os efeitos da sentença homologatória. Hipótese em que, mesmo sendo considerada de mérito a sentença que homologa acordo celebrado entre as partes, é por via da anulatória, e não da rescisória, que a questão pode ser conhecida. Decadência. O prazo decadencial para a anulação do acordo homologado judicialmente é de quatro anos, nos termos do art. 178 do Código Civil. Prazo não implementado. **AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.** (Agravo de Instrumento N° 70076766294, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 26/04/2018).

Outra questão que se ilumina é relativa à incidência ou não da ação anulatória nos casos de negócios jurídicos nulos (art. 166 e ss do CC/02) processualizados, em contraposição dos anuláveis. Divisa-se obscuridade teórica quanto a ação devida nesses casos, se a ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis insanabilis*) ou a ventilada. A problemática está em que a nulidade absoluta é situação prática de ato juridicamente inexistente, enquanto a anulabilidade requer reclame dos interessados no ato atingido.

Bem se poderia pensar numa admissão de fungibilidade, ao passo que seria questão mais terminológica que prática. Contudo, deve-se também tomar em consideração que a nulidade do negócio jurídico tem raiz material, enquanto, por exemplo, a ausência de citação, é nulidade processual. Subtende-se que, neste caso, sequer houve processo, por não se ter atendido o mínimo essencial, que é o contraditório. A ser, portanto, aquele caso, de nulidade afirmativa - ou seja, resulta de nulidade sobre objeto material, e não, como no outro caso, de vício formal - quando processualizado o negócio jurídico nulo e homologado pelo juiz, adequa-se bem ele à possibilidade de sua fulminação pela ação anulatória, nos termos do art. 966, §4º do CPC.

Ainda que supra se tenha elencado as possibilidades da incidência da ação anulatória, nem em todas elas haverá modificação da coisa julgada material, que é o objeto deste trabalho (como não ocorre na situação de negócio jurídico extrajudicial), mas só naquelas homologadas pelo magistrado e transitadas em julgado.

Esta última esclarecimento remete a que a nulidade absoluta pode ser levantada por qualquer um, inclusive, *ex officio*, pelo magistrado, assim como, que, correndo ainda o feito, nada impede que as partes aduzam os vícios processuais pelos meios oportunos.

No tocante ao procedimento, como apresentado anteriormente, em citação de Theodoro Jr., ação anulatória segue o procedimento comum, podendo ser ajuizada com pedido de liminar. Diferentemente da ação rescisória a apreciação e julgamento da *anulatória* é de competência do juízo que homologou o ato ou onde este foi praticado, e não do tribunal imediato.

O prazo para a demanda é decadencial e não processual (em dias corridos) e varia de acordo com a situação. Se o objeto a ser atingido adequar-se às previsões do art. 178 do CC/02, será de 4 (quatro) anos; se relativo à partilha amigável, de 1 (um) ano (art. 658 do CPC); se sobre sentença arbitral, de até "90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos" (art. 33, §1º da lei 9307/96); e, nos demais casos, de 2 (anos) (art. 178 do CC/02).

É de bom eflúvio alumiar o diferimento entre os efeitos da nulidade absoluta (propriamente inexistentes e imprescritíveis) e os resultados fáticos do ato jurídico nulo, os quais, empiricamente modificam o estado das coisas. Nestes casos, dos resultados (efeitos fáticos), já não se aplica a imprescritibilidade, senão, os prazos comuns de prescrição, quais sejam, os dos arts. 205 e 206 do CC/02, consoante a situação.

Tocantemente à legitimidade ativa, podem ser proponentes quaisquer das partes envolvidas, assim como, terceiros prejudicados pelo ato viciado, ou o Ministério Público, nos casos dos arts. 176 e 178 do CPC. Recordando-se que, na situação em que se alegue nulidade absoluta, a mesma pode ser sucitada pelas partes já expressas como por qualquer terceiro interessado (art. 168 do CC/02).

Já a legitimidade passiva é cabível

tratando-se de atos bilaterais, em face de outra parte, se quem ajuizou a ação foi uma das partes que praticou o ato em juízo; ou em face das partes, quando quem ajuizou a ação foi terceiro juridicamente interessado; ou em face do terceiro interessado juridicamente, se foi esse quem praticou o ato em juízo nos limites dispostos do Código de Processo Civil. (DINIZ, 2005, p. 93)

Com relação aos efeitos da ação anulatória, auferem-se dois, infra discriminados:

1- *Suspensivo incidental*: quando o objeto homologado a ser atingido não é o principal, mas um incidental que atinja o principal. O feito dependente, nesse caso, enquanto perdurar a análise da ação anulatória, deverá ser suspenso, nos termos do art. 313, V, "a" do CPC34;

2- *Desconstitutivo*: A anulação do ato homologado em sentença homologatória compromete o objeto da mesma sentença e o processo vinculado. Dessa forma, o ato viciado anulado extirpa a sentença que o homologou e as suas consequências fáticas (respeitando-se o tratado anteriormente, com relação aos prazos prescricionais para reclamar o direito material). Se o ato homologatório é incidental, e não principal, como no caso de "atos homologatórios praticados no curso da execução", aplica-se o mesmo entendimento anterior. Portanto, são efeitos da *anulatória* a retroação *ex tunc* e a extensão *ex nunc*.

As resultâncias da *ação* tratada são laconizadas, demais, por Diniz, da maneira em sequência: "Portanto a nulidade (relativa ou absoluta) de um ato implica a nulidade de todo o segmento processual, dependendo do ato que se anulará." (Diniz, 2005, p. 97)

3.3 *Querela Nullitatis*

As ações antes aventadas estão previstas, como se viu, na lei positiva. Mas esta, ou seja, a *querela nullitatis*, ou *querela nullitatis insanabilis*, ou ainda, ação de nulidade, não está. Fulcra-se na doutrina e na tradição jurídica.

Na verdade, esta demanda autônoma é residual. Será possibilidade quando não prevista outra positivamente expressa ou firmada. Em tradução de sua denominação latina, extrai-se o termo "nulidade do litígio".

Basicamente há três hipóteses de cabimento do instituto em baila - ainda que os doutrinadores diverjam quanto a essa questão - são elas:

- Ausência da, ou vício na citação c/c revelia (art. 239 do CPC);
- Ausência de intimação (e não, manifestação) do Ministério Público quando ele deva atuar no processo (vide art. 178 do CPC dentre outros de outros

34 Na letra: "Art. 313. Suspende-se o processo: V - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente;"

diplomas)³⁵ (exceto se a decisão final transitada em julgado não gere prejuízo à parte vulnerável³⁶; ou o incapaz deixe de ter tal condição, e aufera capacidade no curso do feito, neste caso, deixa de ser necessária a intervenção do MP) (Art. 279 do CPC);

- Inobservância dos pressupostos processuais objetivos intrínsecos e subjetivos relativos às partes (art. 485, IV e VI do CPC)

Neste último caso, considerando o teor excedente da demanda em lume, especificamente, são os pressupostos pertinentes, elencados pela doutrina (com algumas variações terminológicas e sistemáticas entre os teóricos)³⁷, em esmiuçamento, os seguintes:

Pressupostos processuais objetivos intrínsecos:

- Petição Inicial (arts. 319 e ss do CPC, princípio da ação ou inércia);
- Citação válida e regular (já citada);
- Presença do MP no feito (já citada);
- Procuração validamente outorgada (com algumas exceções, como as dos Juizados Especiais) (vide CPC):

Art. 104. O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput, o advogado deverá, independentemente de caução, exhibir a procuração no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período por despacho do juiz.

³⁵ A ausência da intervenção do *Parquet* em juízo *a quo*, pode ser suprida pela sua ocorrência em juízo *ad quem*, vide RECURSO ESPECIAL Nº 1.010.521 - PE (2007/0267560-4) do STJ.

³⁶ Ou efetivo prejuízo as partes, vide AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.413.689 - CE (2013/0356358-1) do STJ.

³⁷ RESUMO de pressupostos processuais. **Direito. Legal.** S.d. Disponível em: <https://direito.legal/direito-publico/direito-processual-civil/resumo-de-pressupostos-processuais/>. Acessado em: 03/03/2021

§ 2º O ato não ratificado será considerado ineficaz relativamente àquele em cujo nome foi praticado, respondendo o advogado pelas despesas e por perdas e danos.)

Ausência dos pressupostos processuais subjetivos relativos às partes:

- Capacidade para estar em juízo (arts. 70 e 71 do CPC e 3º, 4º e 5º do CC/02);
- Interesse processual ou interesse de agir (elencado também como uma das *condições da ação*, é bifurcada em legitimidade ativa e legitimidade passiva. Assumpção Neves (2018, p. 132), recordando entendimento de “parcela da doutrina”³⁸, aduz como seus “aspectos[: ...] a necessidade de obtenção da tutela jurisdicional reclamada e a adequação entre o pedido e a proteção jurisdicional que se pretende obter”. Continua a explicar, o autor, que “Conforme tradicional lição doutrinária, a legitimidade para agir (*legitimatío ad causam*) é a pertinência subjetiva da demanda ou, em outras palavras, é a situação prevista em lei que permite a um determinado sujeito propor a demanda judicial e a um determinado sujeito formar o polo passivo dessa demanda.”³⁹

Claro que há várias correntes doutrinária quanto ao *interesse* que ora não serão postas, mas que, em estudo mais aplicado podem ser observadas. Por ora se declina o básico para fins de memória);

- Capacidade postulatória (art. 103 do CPC, é a capacidade para postular em juízo).

Às outras hipóteses de pressupostos processuais possibilita-se, consoante o caso, o ajuizamento da ação rescisória ou da ação anulatória.

Verdadeiramente, se não verse a questão impugnável à sentença de mérito ou à decisão homologatória anulável, outrossim, não sejam cabíveis os meios impugnatórios previstos em lei (como recurso, embargos, contestação, embargos de terceiro, impugnação à execução, manifestação etc.), então remanesce a propositura da *querela nullitatis*. Ela recai, não, necessariamente, sobre decisão de mérito, mas sobre ato nulo, que anula todo o processo, por vício abrangente.

38 Dinamarca, *Instituições*, n. 544, p. 302-303; Marinoni, *Teoria*, p. 173; Pinho, *Teoria*, n. 12.5.2, p. 128; Câmara, *Lições*, v. 1, p. 118-119; Lima Freire, *Condições*, n. 4.15, p. 130-131; STJ, 4.2 Turma, REsp 954.508/RS, rei. Min. Fernando Gonçalves, j. 28.08.2007.

39 Araken de Assis, *Substituição*, p. 9.

Aplica-se, por fim, ao prazo e aos efeitos deste instituto, quanto a estes, os mesmos da ação anulatória, e quanto àquele – tratando-se, os casos impugnados, de nulidade absoluta, e, por conseguinte, de situações juridicamente inexistentes - a imprescritibilidade.

Tanto assim, quanto à imprescritibilidade, que leciona THEODORO JR. (2015, cap. XIII):

O ato absolutamente nulo já dispõe da categoria de ato processual; não é mero fato como o inexistente; mas sua condição jurídica mostra-se gravemente afetada por defeito localizado em seus requisitos essenciais. Compromete a execução normal da função jurisdicional e, por isso, é vício insanável. Diz respeito a interesse de ordem pública, afetando, por isso, a própria jurisdição (falta de pressupostos processuais ou condições da ação).

Comprovada a ocorrência de nulidade absoluta, o ato deve ser invalidado, por iniciativa do próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada. Na realidade, a vida do ato absolutamente nulo é aparente ou artificial, pois não é apta a produzir a eficácia de ato jurídico. Perdura, exteriormente, apenas até que o juiz lhe reconheça o grave defeito e o declare privado de validade.

CONCLUSÃO

A relativização da coisa julgada, conforme aduzido, é medida excepcional, que tem como finalidade sanar vício gravíssimo de inconstitucionalidade dum processo transitado em julgado. Por ser excepcional, tem sua amplitude restringida a situações previamente indicadas, nominalmente, a ação rescisória, a ação anulatória e a *querela nullitatis*. Isso garante a harmonia entre a manutenção do direito sobre erro nocivíssimo antidemocrático e gravemente injusto, e a segurança jurídica, tão cara à ordem social Democrática de Direito.

REFERÊNCIAS

APLICAÇÃO das Súmulas no STF: Súmula 343. **Supremo Tribunal Federal (STF)**, s.d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1472>. Acesso em: 26 de dezembro de 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 14 de janeiro de 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 de outubro de 2020

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm Acesso em: 15 de nov. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2020.

BRASIL. STJ - T3 - Terceira Turma. **REsp: 1630108 MG 2016/0259916-0**. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/02/2018. Data de Publicação: DJe 02/03/2018

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil** – 3ª Ed., rev. atual. - São Paulo: Malheiros, 2018.

DINIZ, Helena Maria. **“Ação Anulatória”** Art. 486, do CPC. 2005. 164 f. Tese (Mestrado em Direito) – UNIFIEO - Centro Universitário FIEO, Osasco-SP, 2005. p. 95-96. Disponível em: http://www.unifieo.br/pdfs/marketing/dissertacoes_mestrado_2005/helena%20maria%20diniz.PDF. Acessado em 30/01/2021

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil** – 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. vol. único. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RESUMO de pressupostos processuais. **Direito. Legal**. S.d. Disponível em: <https://direito.legal/direito-publico/direito-processual-civil/resumo-de-pressupostos-processuais/>. Acessado em: 03/03/2021

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS, Décima Oitava Câmara Cível. **Agravo de Instrumento Nº 70076766294**. Relator: Heleno Tregnago Saraiva. Julgado em 26/04/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. Ebook.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** - Vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Ebook.

A DIMINUIÇÃO DAS FUNÇÕES COGNITIVAS E FÍSICAS DO IDOSO NA DIREÇÃO VEICULAR COMO IMPORTANTE FORMA DE DISCUSSÃO NA SEGURANÇA DO TRÂNSITO E NO ORDENAMENTO JURÍDICO

MILENA STABELE MARTIN:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP -
UNIFUNEC

EDUARDO CURY⁴⁰
(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo expor os indícios aparentes de limitações na prática de idosos perante a direção veicular. Demonstrando significativamente, a diminuição das funções físicas e cognitivas. Verificando as características médicas e jurídicas mediante segurança social. Evidenciando que, estes portadores manifestam estímulos que colocam em risco a sociedade, podendo por muitas vezes, ocasionar acidentes. Pretende-se enfatizar o direito de ir e vir na direção veicular daquele que esteja devidamente apto. A metodologia aplicada foi o método dedutivo, com a serventia de legislações, doutrinas específicas e artigos acadêmicos. Tais informações foram baseadas no Código de Trânsito Brasileiro, Código Civil, Estatuto do Idoso e Estatuto da Pessoa com Deficiência. O artigo aborda como assunto primordial, a constatação e a vedação do direito de dirigir em decorrência do risco eminente. Sendo este, comprovado através de diagnósticos, testes neuropsicológicos e avaliações amplas das funções. O assunto revela suma importância, uma vez que há a união da interpretação médica com o estudo jurídico. Pode-se concluir que a finalidade do estudo é exprimir a seguridade coletiva, afim de impedir a ocorrência de incidentes, identificando os condutores irregulares para conduzir.

Palavras-chave: Condutor Idoso. Limitações. Riscos Eminentes. Seguridade Coletiva.

ABSTRACT: The present work aims to expose the apparent signs of limitations in the practice of elderly people when driving. Significantly demonstrating decreased physical and cognitive functions. Checking the medical and legal characteristics through social security. Evidencing that these carriers manifest stimuli that put society at risk and can often lead to accidents. It is intended to emphasize the right to come and go in the vehicular direction of those who are duly fit. The methodology applied was the deductive method, with the use of legislation, specific doctrines and academic articles. Such information was based on the Brazilian Traffic Code, Civil Code, Elderly Statute and Statute of Persons with Disabilities. The article addresses as a primary subject, the verification and prohibition of the right to drive due to the imminent risk. This being proven through diagnoses, neuropsychological tests and extensive evaluations of functions. The subject is extremely important, since there

⁴⁰ Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP, UNIFUNEC

is a union of medical interpretation with legal study. It can be concluded that the purpose of the study is to express collective security, in order to prevent the occurrence of incidents, identifying irregular drivers to drive.

Keywords: Elderly Driver. Limitations. Imminent Risks. Collective Security.

Sumário: 1. Introdução. 2. Cognição. 3. Indícios das primeiras limitações. 3.1. Redução das funções cognitivas, físicas e motoras. 3.2. Sinais da velhice. 4. Doenças cronológicas acentuadas e avaliação do condutor idoso. 5. Comprovação e impedimento do direito de dirigir. 6. Mudanças perante a Lei nº 14.071/2020. 7. Previsões legais. 8. Quem pode requerer a interrupção?. 9. Atuação da legislação. 9.1. Comprometimento familiar. 10. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O artigo concentra-se em exprimir com clareza e apontamentos primordiais, o delineamento do comportamento dos condutores com vasta idade, apresentando as limitações das funções psicológicas e cognitivas que surgem com o passar do tempo.

O momento de interromper o exercício do direito de dirigir da pessoa idosa demonstra vasta discussão acerca do tema, pois há inúmeros fatores que são exigidos por órgãos regulamentadores para que este seja feito.

A ideia de abordar o assunto surgiu do olhar cotidiano em relação aos problemas sociais que pouco são abordados com tamanha importância corriqueiramente pelos diversos artigos expostos, uma vez que, o trânsito e a responsabilidade de um condutor são interligados pela regulamentação da seguridade social.

A vivência do trânsito apresenta um grande risco para uma pessoa com capacidade diminuída, em virtude da falta de precisão sensorial do condutor, ocultando as condições e aptidões necessárias diante do perigo eminente da habilitação. Há diversos tipos de avaliações para se comprovar a diminuição da capacidade na condução veicular, tais como testes de força, visão, cognição, neurológicos, físicos e tantos outros que apontam com absoluta certeza o diagnóstico preciso para declarar o impedimento de dirigir.

Alguns órgãos legais merecem destaque, por servirem de alicerce no desdobramento, como o Estatuto do Idoso, Estatuto do Deficiente, Código de Trânsito Brasileiro, Código Civil e a Constituição Federal de 1988 e principalmente o auxílio do médico especialista em Geriatria, residente da cidade de Araçatuba – SP, Dr.º Luís Salvariego.

A pertinência apresenta destaque nos indícios das limitações da pessoa idosa, tendo ele o dever de ser interrompido de acordo com o que dispõe a legislação, uma vez que a

atuação do Direito Civil vislumbra o importante papel de garantir a segurança social, intervindo de acordo com as prudências a serem observadas.

2 COGNIÇÃO

A função cognitiva do indivíduo se encontra positiva de acordo com a boa saúde cerebral e comportamental, pois a mente é a parte funcional e o cérebro a parte física do ser humano. As informações sensoriais são captadas através da memória e dos sentidos, envolvendo os processos da atenção e percepção, além das linguagens físicas e emocionais, ou seja, a capacidade cognitiva saudável necessita do bom desenvolvimento de todos esses fatores.

Segundo o Código Civil (2002): “[...] toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil [...]”.

O conhecimento é captado através dos sentidos que os induzem, e posteriormente eles são armazenados na memória, o que permite com que, o cérebro humano construa uma individualidade e identidade própria em cada indivíduo com o passar do tempo. Tratando-se do assunto abordado, na qualidade de condutor, a cognição ocupa um papel primordial, pois, ela faz com que o motorista consiga responder de forma habilidosa aos riscos inerentes que exija sua capacidade perceptiva, de maneira rápida, racional e assertiva.

A respeito dos sentidos cognitivos, vejamos:

Os nossos sentidos são considerados como as nossas janelas para o mundo, uma vez que é através destes que o percebemos. Acontece que ao percebido atribuímos interpretações pessoais, daí dizer-se que a percepção é um processo individualista, uma vez que não espelha a realidade tal como ela é, visto que as percepções humanas dependem de expectativas, motivações, experiências anteriores, o que nos permite fazer comparações com situações já vivenciadas e por sua vez interpretações e avaliações desses estímulos (DAVIDOFF, 1983, p.[não paginado]).

Há exatamente quatro funções que trabalham de forma conjunta, sendo elas: as receptivas que classificam as informações por meio da memória, a aprendizagem que é responsável pela evocação do armazenamento, o raciocínio ponderado pela organização mental e as funções expressivas que coordena a fala e os movimentos.

Dessa maneira:

A habilidade necessária para dirigir com segurança começa a se deteriorar com o envelhecimento. Em primeiro lugar, o prejuízo cognitivo, principalmente quando causado por uma doença que traga uma condição de demência, foi associado a maiores taxas de colisão com veículos motorizados, em indivíduos mais velhos. O Mal de Alzheimer é a causa mais comum de prejuízo cognitivo. As alterações cognitivas associadas à idade, que não evoluem para a demência franca, podem afetar um grande número de motoristas. As funções cognitivas relacionadas à direção veicular incluem a memória e atenção, a avaliação sistemática do ambiente e outras habilidades visuoespaciais, verbais e de processamento de informações, tomada de decisões e resolução de problemas. Estas funções devem se processar de modo dinâmico. Em relação à direção, autoavaliações da função sensorial e motora, além da função cognitiva são importantes. Grande parte do debate sobre restrições formais de habilitações baseia-se na suposição de que o motorista faz uma autoavaliação imprecisa da sua performance na direção. Supõe-se que pessoas idosas ou cronicamente doentes não sejam capazes de julgar adequadamente suas próprias habilidades e tomar a decisão certa. Portanto, as autoridades médicas ou legais precisam fazê-lo para elas (DETRAN, s.d., p.[não paginado]).

De forma explícita, vemos que a cognição é a principal responsável por toda a comunicação do corpo humano, se tratando de um correspondente importante para as outras demais funções do organismo. Uma vez que, estando em pleno desenvolvimento, ela é a base responsável por todo o restante.

O indivíduo é pessoa física dotado da complexidade biopsicológica, sendo este, titular de direito e deveres, que interage no ordenamento jurídico mediante seus atos praticados. E, ao contrariar as normas legais, será responsabilizado de acordo com a sanção penal tipificada.

Pretende-se, então, levantar os aspectos envolvidos no ato de dirigir, as funções psicológicas e cognitivas presentes nesta atividade que, principalmente nas grandes cidades, pelo número crescente de condutores e pelo caos que vêm se configurando o trânsito, merece atenção. Dirigir demanda do condutor ações que envolvem vários campos funcionais (BALBINOT, A. B; ZARO, M. A; TIMM, M. I, 2011, p. 14).

Tem-se então, o reconhecimento da redução da função cognitiva no direito de dirigir em condutores idosos que são comprovadamente portadores de redutivas funções

cognitivas. Discussão relevante para o ordenamento jurídico, que visa a garantia da seguridade, a fim de pleitear o impedimento idoso em conduzir veículos automotores.

3 INDÍCIOS DAS PRIMEIRAS LIMITAÇÕES

Os primeiros sinais de limitações são cotidianamente observados em condutores idosos, sendo eles os lapsos de memória, que se demonstram aparentes com o transcorrer do tempo. O funcionamento cognitivo destes indivíduos apresenta níveis acentuados e perceptíveis das reduções, como por exemplo o fato do condutor sair de sua residência, conduzindo seu veículo e esquecer do destino final do trajeto, e ainda de não se recordar do próprio nome ao ser eventualmente parado em uma blitz policial.

Para Fonseca (2020): “[...] no trânsito, a maior preocupação de todos deve ser, sempre, a segurança. É por isso que as habilidades de uma pessoa idosa ao volante são questionadas [...]”.

Vale lembrar que, há um alto índice de episódios ocorridos de ataques cardíacos (infartos), mal súbitos e surtos psíquicos diante a direção de veículos automotores, que por muitas vezes ocasionam acidentes graves no trânsito.

Na visão médica, a falha de memória acentuada é considerada uma grande preocupação diante das condições mentais do habilitado, uma vez que, a existência destes episódios dá-se à ênfase que, o envelhecimento apresenta sinais no sistema mental. Dessa forma, estes motoristas terão sanado o direito da habilitação, fazendo com que a legislação atue para amparar a coletividade.

Todavia, Bickel e Cooper:

Relataram que identificar o comprometimento cognitivo leve, no rastreamento, pode ser útil na avaliação do risco para demência dois a três anos antes de a condição se tornar clinicamente aparente. Esses quadros são frequentes e passam despercebidos, havendo necessidade de distinguir entre manifestações iniciais de doença e modificações associadas ao processo normal de envelhecimento. Informações sobre o tema na literatura brasileira são poucas, e a estimativa é de 5 a 30% de idosos com quadro demencial (BICKEL H, COOPER B, 1994, p. 179-92).

Dessa forma, visto que estes idosos apresentam sinais de redução da cognição, e estejam eles comprometidos, faz-se necessário a devida comprovação através de exames comprobatórios para que o ordenamento jurídico atue com o intuito de impedir o direito de conduzir, a fim de assegurar que futuros incidentes não venham a ocorrer.

3.1 REDUÇÃO DAS FUNÇÕES COGNITIVAS, FÍSICAS E MOTORAS

É certo que, o comportamento do condutor influencia totalmente em sua forma de conduzir, revelando claramente quando algo não esteja bem. A visão, audição, atenção, memória, o conhecimento das regras, habilidade, prática e dentre tantas outras atribuições que o trânsito exige revela-se afetada quando isso ocorre, pois é de fácil percepção.

Para Günther (2003): “[...] no contexto de trânsito, deve ser priorizado o comportamento adequado e seguro. O autor distingue três dimensões prévias para predizer o comportamento no trânsito [...]”.

Especialmente em condutores idosos, os mesmos transparecerem certas dificuldades em decorrência da idade, que conseqüentemente dão início às limitações por menor que elas sejam, afetando integralmente o modo de conduzir e acarretando riscos na direção de veículo automotor.

Com o aparecimento acentuado das reduções, é chegada a hora de sanar o direito de dirigir, uma vez que não será possível o condutor, sendo ele portador de deficiência natural responder de forma simultânea às situações que demandarem o processamento ágil de suas informações neurológicas, por conseguinte, colocando em perigo a segurança coletiva nas vias públicas.

As avaliações são feitas pelos profissionais aptos dos órgãos competentes, pois demandam estratégias a fim de averiguar a coordenação e a dinâmica de todos os aspectos funcionais e sensoriais. De maneira precisa e cautelosa, são utilizadas técnicas manuais e tecnológicas, que possibilitam a constatação da incapacidade cognitiva.

Conforme os dados fornecidos pelo médico Dr^o Luís Fernando Zonzini Salvariego, que atua na área de geriatria há mais de 12 anos, um “sem número” de condutores que vão sozinhos ou acompanhados na consulta apresentam algum grau de comprometimento cognitivo e/ou funcional, algumas vezes preocupando os próprios familiares.

Proibir a direção desses condutores fundamenta-se na maior vulnerabilidade dos idosos, que apresentam maior índice de ferimentos graves e de mortes, dada a fragilidade típica da faixa etária, ademais, para motoristas com idade entre 21 e 96 anos, o risco de morte decorrente de um acidente automobilístico aumenta cada ano.

A redução dos reflexos, surge em decorrência da vasta idade, pois o organismo do indivíduo apresenta perda na adaptação social, mais conhecido como envelhecimento. Este, é um fenômeno natural e inevitável de todo ser humano, causado pelo transcorrer dos ciclos.

Contudo, tem-se que:

O envelhecimento é um processo dinâmico e progressivo, no qual há modificações morfológicas, funcionais, bioquímicas e psicológicas que determinam perda da capacidade de adaptação do indivíduo ao meio ambiente, ocasionando maior vulnerabilidade e maior incidência de processos patológicos que terminam por levá-lo à morte (PAPALÉO NETTO, 2002, p. 10).

O sintoma principal e mais abordado é a demência no déficit cognitivo, por se tratar de uma doença progressiva. A perda da capacidade ocorre de forma gradativa, podendo ser identificada através da desmemória nas atividades habituais e tornando-se cada vez mais decorrente no exercício das funções.

Os elementos de força, mobilidade e amplitude dos movimentos são fundamentais para a habilidade motora de um condutor na condução de um veículo, pois, é necessário a junção de todos esses para exercê-la. Com o passar do tempo, as articulações sofrem alterações em razão do envelhecimento, provocando a diminuição dos músculos. A estabilidade do corpo é de suma importância para o controle adequado diante a direção do veículo e qualquer restrição e diminuição afeta diretamente na atividade.

3.2 SINAIS DA VELHICE

É notório que o comportamento de um indivíduo no decorrer dos anos, apresente sinais e limitações que os restringem em algumas questões cotidianas. Desta forma, estes indícios são considerados de extrema relevância para os órgãos nacionais de trânsito, vislumbrando a imediata aplicação das normas pertinentes.

Dessa maneira:

Não existe um consenso sobre o que se nomeia velhice porque as divisões cronológicas da vida do ser humano não são absolutas e não correspondem sempre às etapas do processo de envelhecimento natural. A velhice não é definida por simples cronologia, mas pelas condições físicas, funcionais, mentais e de saúde das pessoas, o que equivale a afirmar que podem ser observadas diferentes idades biológicas e subjetivas em indivíduos com a mesma idade cronológica (SAN MARTÍN, H., & PASTOR, V., 1996, p.[não paginado]).

O envelhecimento natural associa-se com doenças ou outra questão pessoal de grande tristeza, gerando o surgimento de uma impossibilidade total ou parcial no indivíduo, afetando diretamente nas funções cotidianas. Muito além do que a passagem dos ciclos da vida, algumas limitações exigem maior cuidado e atenção como um todo, por se tratar de fator importante para o âmbito social.

A velhice começou a ser tratada como uma etapa da vida caracterizada pela decadência física e ausência de papéis sociais a partir da segunda metade do século XIX. O avanço da idade dar-se-ia como um processo contínuo de perdas e de dependência, que daria uma identidade de falta de condições aos idosos e seria responsável por um conjunto de imagens negativas associadas à velhice (DEBERT, 1999, p.[não paginado]).

Diversas causas contribuem para o envelhecimento, como por exemplo a idade cronológica, biológica e a social. Essas modificações comportamentais e mentais nos idosos são decorrentes da passagem da vida, e por sua vez, inevitáveis.

Para Costa (1998) o envelhecimento é um processo evolutivo e contínuo, sendo ele sem interrupções, que ocorre a partir do nascimento até a morte do indivíduo.

4 DOENÇAS CRONOLÓGICAS ACENTUADAS E AVALIAÇÃO DO CONDUTOR IDOSO

Diversas patologias afetam o motorista idoso, pois levando-se em conta que muitos deles fazem uso contínuo e diário de medicações, é notório que, em razão das grandes quantidades ingeridas os façam apresentar comportamento inseguro. Muitos deles, possuem doenças cronológicas acentuadas, como por Mal de Parkinson, Mal de Alzheimer, Depressão, entre tantas outras.

Vale lembrar que algumas doenças cronológicas exigem mais atenção e cuidado no tratamento, que por muitas vezes progridem de maneira rápida e aguda diante ao grau de nocividade no corpo humano. E ainda, outras patologias são incuráveis e crescentes com o passar do tempo, o que delimita o condutor idoso de fazer certos atos.

Importante ressaltar que os portadores de diabetes tem complicações no desenvolvimento do sistema nervoso, pois a hipoglicemia descontrolada pode afetar diretamente outras questões. Os sintomas são negativos para os motoristas, pois leva à perda gradual das funções cerebrais.

Portanto, o momento exato para submeter o condutor idoso à constatação acerca das suas restrições se dará quando: na condução, ele apresentar risco maior do que o habitual. A significativa limitação enfatiza-se no instante em que o idoso apresentar grande dificuldade na visão ou no déficit cognitivo.

5 COMPROVAÇÃO E IMPEDIMENTO DO DIREITO DE DIRIGIR

Para comprovar o momento exato da interrupção é necessário fazer uma averiguação complexa que é exigida pelo órgão do Contran, com o objetivo de constatar que o condutor idoso se encontra inapto para dirigir. A constatação é realizada por meio

de investigações médicas, efetuadas por meio dos exames de aptidão física, mental e psicológica, transcendendo com precisão os resultados comprobatórios da restrição exigida.

Destarte, a principal prova para comprovar a diminuição da capacidade cognitiva do condutor idoso é o exame de aptidão física e mental, uma vez que, em razão da complexidade dos testes ele apresentará as restrições presentes no motorista.

Estudo com o objetivo de identificar os erros e acidentes graves cometidos por idosos, mostrou que a razão principal, em 97% dos acidentes, foram erros cometidos pelos motoristas. Os erros mais frequentes foram a vigilância inadequada, o equívoco no julgamento da velocidade, as manobras ilegais e os eventos médicos. (CICCHINO; MCCARTT, 2015, p. 21-22).

É necessário que, o condutor após realizada as avaliações, demonstre resultados que apontem com precisão a redução de sua capacidade cognitiva e física. Por sua vez, sendo positivos os laudos específicos, poderá o ordenamento jurídico, por meio da legislação responsável requerer e determinar a extinção do direito de habilitação do indivíduo.

As restrições mais comuns estão na diminuição da visão e audição do condutor idoso, na falta de concentração, nos acentuados esquecimentos e na coordenação motora frágil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD – Lei 13.146/15), aborda:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA, 2015, p.[não paginado]).

Por sua vez, após a devida comprovação da incapacidade ou deficiência por meio das avaliações e laudos positivos, o condutor é classificado como inapto e tem-se sanado integralmente o direito de dirigir. Este impedimento assegura a interdição imediata, pois, a este motorista já não possui capacidade para praticar os atos que o ordenamento exige mediante a direção do veículo.

6 MUDANÇAS PERANTE A LEI Nº 14.071/2020

As normas que regem e apoiam a presente asserção são regidas pelos: Código de Trânsito Brasileiro, Conselho Nacional de Trânsito, Estatuto do Idoso, Código Civil e os Fundamentos da Psicologia.

O conteúdo abordado é considerado recente nos debates jurídicos, tornando-o escasso de informações, mas muito presente no contexto dos médicos geriatras, por tomarem conhecimento através de acompanhamento dos pacientes. Ademais, em razão dos incidentes, se fez presente como pauta de mudança legislativa recentemente elencada na legislação atual.

No Brasil, conforme determinado pelo Código de Trânsito Brasileiro, para adquirir a Carteira Nacional de Habilitação e exercer o direito de dirigir, o condutor necessita atingir a maioridade (18 anos), além de passar por exames médicos e psicotécnicos, para a aprovação. E logo após o período de um ano de permissão, é concedida a primeira habilitação.

Recentemente publicada, incluída pela Lei nº 14.071, de 2020, entrou em vigor uma significativa mudança, elencada pelo art. 147, §2º, que prevê mudanças na renovação da habilitação, vejamos:

O exame de aptidão física e mental, a ser realizado no local de residência ou domicílio do examinado, será preliminar e renovável com a seguinte periodicidade:

I - a cada 10 (dez) anos, para condutores com idade inferior a 50 (cinquenta) anos;

II - a cada 5 (cinco) anos, para condutores com idade igual ou superior a 50 (cinquenta) anos e inferior a 70 (setenta) anos;

III - a cada 3 (três) anos, para condutores com idade igual ou superior a 70 (setenta) anos (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, 2020, p.[não paginado]).

A mudança impôs a diminuição da validade da carteira de habilitação aos idosos, frisando de certo modo pela manutenção da segurança coletiva tanto quanto à verificação dos fatores necessários garantidas pelo Estado em relação à saúde dos condutores, exigindo lucidez total do senso cognitivo diante da responsabilidade. Em virtude do idoso não estar em sua plena condição perceptiva, de modo que, o inviabiliza de responder pelos seus atos, deixando de agir de forma ágil e precisa nas situações.

Quando o condutor se torna impossibilitado de identificar estes reflexos, conseqüentemente, ele é considerado um fator de risco para as vias públicas, viabilizando a possibilidade de interromper este direito.

Os fatores contribuintes na diminuição dos reflexos físicos e cognitivos, estão interligados às condições de saúde e aos declínios funcionais da idade, afetando de modo significativo no exercício da condução veicular. Dessa maneira, o âmbito jurídico nunca será aliado da espera, sobretudo, por ser defensor do direito coletivo e servir de amparo de prevenção aos futuros incidentes.

Com a mudança na legislação, o Código de Trânsito Brasileiro no art. 147, §4º aborda:

Quando houver indícios de deficiência física ou mental, ou de progressividade de doença que possa diminuir a capacidade para conduzir o veículo, os prazos previstos nos incisos I, II e III do § 2º deste artigo poderão ser diminuídos por proposta do perito examinador (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, 2020, p.[não paginado]).

A legislação brasileira de trânsito não determina uma idade máxima para a cassação da carteira de habilitação do condutor idoso, ela exige apenas que as pessoas que possuam idade igual ou superior à setenta anos, renovem sua habilitação a cada três anos, conforme determinado. O que anteriormente, essa idade de renovação correspondia para quem possuía sessenta e cinco anos de idade.

7 PREVISÕES LEGAIS

Consoante a Resolução do Contran, nº 425 de 2012 nos exames de aptidão física e mental são exigidos alguns procedimentos médicos de anamnese, como: questionários, exame físico geral afim de observar o tipo morfológico, comportamento e atitude frente ao examinador, observação de humor, fala, cognição e compreensão do examinando.

Averigua-se a existência de: perturbações da percepção, atenção, orientação espacial, memória, concentração, agilidade e o uso de substâncias psicoativas.

A psicologia do trânsito é considerada como um princípio nas decisões da cassação das carteiras de habilitação dos condutores idosos, mais especificamente na área de compromisso social, pois possui uma parcela primordial nos resultados das avaliações, demonstrando cada perfil estudado e os instrumentos utilizados.

Segundo o Conselho Federal de Psicologia:

Art. 1º Instituir as regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pela(o) psicóloga(o) no exercício profissional.

Parágrafo único. A presente Resolução tem como objetivos orientar a(o) psicóloga(o) na elaboração de documentos escritos produzidos no exercício da sua profissão e fornecer os subsídios éticos e técnicos necessários para a produção qualificada da comunicação escrita (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2019, p. 5).

Ainda no mesmo regulamento, exposto no art. 4º:

§ 1º A confecção do documento psicológico deve ser realizada mediante solicitação da(o) usuária(o) do serviço de Psicologia, de seus responsáveis legais, de uma(um) profissional específico, das equipes multidisciplinares ou das autoridades, ou ser resultado de um processo de avaliação psicológica (CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, 2019, p. 6).

8 QUEM PODE REQUERER A INTERRUPÇÃO?

Para suspender e sanar o direito de dirigir da pessoa idosa é necessário que haja uma decisão fundamentada pela autoridade competente do trânsito. Após isso, será aberto um processo administrativo, no qual, o condutor terá o direito de ampla defesa acerca do que lhe for imputado.

Como visto, não basta apenas a comprovação por meio dos exames e laudos declarando a restrição da função cognitiva, é preciso que o trâmite da suspensão deste direito seja realizado de forma minuciosa e administrativa como prevê os órgãos competentes. Além do mais, antecedente ao impedimento, o motorista ainda terá o direito de defender-se afim de restituir a decisão.

O requerimento pode ser feito através dos órgãos competentes à frente da necessidade imediata do afastamento da habilitação e pode ser requerido por familiares no intuito de proteger o condutor e os demais cidadãos.

9 ATUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

As previsões legais contidas no ordenamento jurídico brasileiro englobam regras jurídicas que são formalizadas por decisões do Estado, e como em uma sociedade, a legislação se faz necessária a fim de solucionar conflitos e impor comportamentos.

Diante o tema abordado, o código civil se destaca expressivamente, em razão da existência jurídica entre órgãos e pessoas contidas na relação jurídica, atuando com

importante parcela. Quando há alguma incidência, este, age como defensor das normas, limitando os direitos e impondo obrigações ao indivíduo.

Neste caso, o condutor considerado inapto e que tenha causado algum dano, torna-se responsável civilmente pelos seus atos, pois, é dever reparar o lesado pelos prejuízos causados, logo, por determinação da lei, arcará com as consequências.

É imprescindível que o impedimento seja ratificado de forma clara e concreta, por declaração direta e com a devida fundamentação, pois o fato do condutor idoso ser portador da incapacidade reduzida deve ser apresentada e comunicada aos órgãos competentes de trânsito.

O Código Civil nessa questão, trabalha conjunto com as demais resoluções, principalmente com o conselho nacional de trânsito, que por sua vez, é o alicerce para o percebimento do comunicado. É por ele e abrangendo seu texto normativo, que a formalização da abertura do processo administrativo é consubstanciada ao direito administrativo, dando abertura às regras exigidas e o preenchimento das condições necessárias.

Muito além de questões jurídicas, o impedimento em questão é visceralmente agregado ao direito médico, que por sua vez, possui fração expressiva na formalidade e direcionamento do resultado. Sendo que, através das análises e avaliações completas feitas em momentos exatos do procedimento, é concebido o aval para sanar e recolher a habilitação.

Existem fases a serem seguidas e todas elas são indispensáveis de acordo com a deprecação da lei. A primeira etapa do procedimento é o reconhecimento das reduções existentes no idoso. Já, a segunda é a comprovação através das averiguações minuciosas. Ademais, a terceira fase é a finalização do trâmite com o acatamento da notificação encaminhada já devidamente analisada e acatada. Após isso, é dada a retirada do direito de condução de veículo e consequente recolhimento da Carteira Nacional de Habilitação.

Advindo do grau de complexidade e exigência do caso o procedimento de retirada da carteira pode ser de forma rápida ou perdurar por um certo tempo, pois, cada um deles possui particularidade diante das circunstâncias em que o condutor se encontra. Este processo de interrupção faz com que, um direito individual seja sanado de maneira irrevogável e definitiva.

9.1 COMPROMETIMENTO FAMILIAR

A forma com que os familiares lidam e se atentam aos indivíduos possui extrema importância para o direcionamento na retirada do direito de habilitação, pois, são as pessoas que mais convivem e os acompanham em seu cotidiano. Fazendo com que,

percebam os inícios das limitações apresentadas com o passar do tempo com precisão, de maneira que, acompanharam toda a regressão.

Valendo-se de um exemplo típico de família, vejamos que, um filho compreende uma dificuldade ou problema em seu genitor que o impossibilite totalmente de assumir a direção veicular, ele por sua vez, aciona o médico responsável por acompanhar seu pai e logo requer sua avaliação. Diagnosticada a limitação, o filho tem o direito de comunicar o Detran, impedindo e dando formalidade ao processo de interrupção do direito de dirigir de seu genitor, cooperando no aspecto da seguridade social.

Como já visto e enfatizado no decorrer do artigo, não é somente o Estado que possui o direito e o dever de agir, os familiares, por sua vez também possuem responsabilidades. Podendo entrar em contato com os entes competentes no intuito de comunicar o risco eminente detectado.

O Conselho Nacional de Trânsito possui na plataforma do Detran, uma ferramenta que permite a possibilidade de ser feita uma comunicação escrita, dessa forma, o ente intercede o indivíduo à uma complexa perícia médica, para atestar se ele é apto ou não para continuar dirigindo.

Importante ressaltar, que os familiares são as pessoas mais convictas de explicarem ao condutor que, ele por sua vez será impedido de dirigir, pois, conseguem elucidar de maneira menos dolorosa a importância de darem esse passo, demonstrando apoio e solidariedade ao indivíduo.

As pessoas enxergam o direito de habilitação como libertação e autonomia por não depender de terceiros, ademais, com a interrupção, elas se veem frustradas e submissas aos outros.

10 CONCLUSÃO

O presente trabalho aborda de forma objetiva e discriminatória os indícios da diminuição na capacidade cognitiva do condutor idoso, explanando com grande relevância o objetivo central da pesquisa, com o propósito de detectá-la antecipadamente, tornando-o impossibilitado por meio da comprovação investigatória médica exigida, logo, fazendo com que, os órgãos e as normas legais atuem na interrupção do direito de estar habilitado.

Nesse sentido, demonstrou grande importância e prioridade o fato de que os idosos inaptos, tendem a ser um perigo nas vias públicas, aprofundando de maneira objetiva e implicatória a decisão de interromper a garantia do direito de dirigir.

De maneira simples, foi exposto o dever do condutor em ter pleno conhecimento das normas de trânsito, a precisão da condição psicomotora e a autonomia do veículo,

esclarecendo a figura do idoso limitado como um declínio na manutenção da segurança coletiva.

Com base no que foi apresentado e baseado nos resultados obtidos, é explícito esclarecer que o assunto contribuiu de forma impactante na área de concentração escolhida, por meio de um posicionamento preciso e positivo. Uma vez que, as informações forneceram expressivos dados, esclarecendo as dificuldades e os riscos inerentes.

O dever de proteger e agir de forma coletiva dos órgãos fiscais e jurídicos desempenham positivamente na segurança discutida, fazendo com que ela seja regulamentada, uma vez que as normas legislativas são alicerces, garantindo a segurança e o devido amparo legal.

O artigo não tem como designo discriminar o indivíduo idoso, mas elucidar que ante aos conflitos de direitos e princípios, aqueles que com madura idade precisam se preservar do direito de condução veicular e também os que resistem a reconhecer tal situação, que por vezes geram conflitos com familiares, insistindo no direito de dirigir, mesmo estando sem as condições básicas, colocando em risco a própria pessoa e a coletividade em geral. A atuação do Estado deve ser rigorosa para evitar os riscos e desavenças familiares, contudo, é necessário o comprometimento e a atuação destes de forma positiva, agindo de maneira precoce e não tardiamente.

REFERÊNCIAS

BALBINOT, A. B; ZARO, M. A; TIMM, M. I. Funções psicológicas e cognitivas presentes no ato de dirigir e sua importância para os motoristas no trânsito. **Ciências & Cognição**, v. 16, n. 2, 2011.

BICKEL, H.; COOPER, B. **Incidence and relative risk of dementia in an urban elderly population: findings of a prospective field study.** Psychol Méd. p. 24:179-92. 1994.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de Setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro.** Diário Oficial da União. Brasília. 1997.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. **Código Civil.** Diário Oficial da União. Brasília. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de Julho de 2015. **Estatuto da Pessoa com Deficiência.** Diário Oficial da União. Brasília. 1997.

CICCHINO, J. B.; MCCARTT, A. T. **Critical older driver errors in a national sample of serious U.S. Crashes.** Accid Anal Prev, New York, v. 80, n.1, p. 211-219. Disponível em:

<<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/53418/R%20%20T%20%20MARIA%20ANGELICA%20BINOTTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de mar.2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução nº 6, de 29 de março de 2019**. Institui regras para a elaboração de documentos escritos produzidos pela(o) psicóloga(o) no exercício profissional e revoga a Resolução CFP nº 07/2003 e a Resolução CFP nº 04/2019. 2019. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Resolu%C3%A7%C3%A3o-CFP-n-06-2019-comentada.pdf>>. Acesso em: 03 de mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO – CONTRAN. **Resolução CONTRAN nº 425, de 27 de novembro de 2012**. Dispõe sobre o exame de aptidão física e mental, a avaliação psicológica e o credenciamento das entidades públicas e privadas de que tratam o art. 147, I e §§ 1º a 4º e o art. 148 do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=247963>>. Acesso em: 03 de mar.2020.

COSTA, E. M. S. **Gerontodrama: a velhice em cena: estudos clínicos e psicodramáticos sobre a terceira idade**. São Paulo: Agora, 1998.

DAVIDOFF, L. (1983). **Introdução à Psicologia**. São Paulo: McGraw-Hill. 1983.

DEBERT, G. G. **A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento**. São Paulo. 1999. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/estpsi/a/LTdtHbLvZPLZk8MtMNMZyb/?lang=p>>. Acesso em: 04 mar. 2021.

DETRAN - Departamento de trânsito do Paraná. **Idoso**. Disponível em: <<http://www.educacao>

transito.pr.gov.br/pagina-215.html>. s.d. Acesso em: 04 de mar.2021.

FONSECA, G. **Idade limite para dirigir: conheça histórias que comprovam que isso não existe**. 2020. Disponível em: <<https://doutormultas.com.br/idade-limite-dirigir/>>. Acesso em: 03 de mar.2020.

GÜNTHER, H. **Ambiente, psicologia e trânsito: reflexões sobre uma integração necessária**. 2003. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org/revista/index.php/cec/article/viewFile/446/493/>>. Acesso em: 03 mar.2020.

NETTO, M. P. Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada. In: **Gerontologia: a velhice e o envelhecimento em visão globalizada**. 2002. p. 524-524.

SAN MARTÍN, H.; PASTOR, V. **La epidemiologia de la vejez**. Rio de Janeiro: Atheneu. 1996.
Disponível em:
<<https://www.scielo.br/j/estpsi/a/LTdthHbLvZPLZk8MtMNmZyb/?lang=pt>>. Acesso em:
04 mar. 2021.

CRIMES CIBERNÉTICOS

FERNANDO CRISTIAN MARQUES:

Pós-graduado *latu sensu* em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC Minas (2015). Graduação em Direito pela Faculdade Presidente Antônio Carlos, FUPAC/ UNIPAC (2013). Graduação interrompida em Filosofia pela Universidade Federal de Ouro Preto, UFOP (2015)⁴¹.

VITÓRIA GUIMARÃES DA SILVA ⁴²

(coautora)

VITÓRIA SOUSA SANTOS. ⁴³

(coautora)

RESUMO: A pesquisa tem como objetivo verificar a omissão do legislador brasileiro frente aos crimes cibernéticos, bem como a colisão com o Princípio da Intervenção Mínima. Assim, em grande parte, o artigo analisou a negligência legislativa, vez que torna-se uma afronta ao Direito Penal que não pode fazer jus de legislador.

Palavras – chaves: crimes cibernéticos; internet; negligência legislativa; Direito Penal.

ABSTRACT: The research aims to verify the omission of the Brazilian legislator regarding cyber crimes, as well as the collision with the Principle of Minimum Intervention. Thus, in large part, the article analyzed the legislative negligence as it becomes an affront to the Criminal Law that cannot be a legislator.

Key words: cyber crimes; Internet; legislative negligence; Criminal Law.

⁴¹ Tem experiência acadêmica enquanto Professor de Filosofia e Sociologia. Dedicou-se ao estudo nas áreas de Direito Penal e Processual, com foco na Psicanálise na Cena do Crime, inclusive, em pesquisas voltadas ao Direito Constitucional Comparado, Ambiental e Minerário. Autor de artigos científicos de revistas nacionais e internacionais, bem como autoria citada em Faculdades renomadas, como na Tese no âmbito do Doutorado em Direito, Ciências Jurídico-Processuais orientada pelo Professor Doutor João Paulo Fernandes Remédio Marques e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

⁴² Acadêmica de informática e mídias sociais – com ênfase em técnica de design (2021) Associação comunitária amor ao próximo – ACAP- parceria com a Prefeitura Municipal de Itabirito - Projeto Interação

⁴³ Profissionalizando em informática e mídias sociais com ênfase em Técnica de redação (2021) Associação comunitária amor ao próximo- ACAP- Parceria com a Prefeitura municipal de Itabirito Projeto Interação .

Uma das questões mais complexas que o Direito enfrenta corresponde a vulnerabilidade da internet e o seu uso desenfreado.

O Princípio da intervenção mínima assegura que a lei se insere no mínimo possível nas relações jurídico penais. Isto porque, em grande parte, a sociedade brasileira encontra-se em situação pela qual se busca uma solução que os legisladores ainda não resolveram.

O problema é agravante, vez que os internautas ou àqueles que tem domínio de sites não proporcionam os critérios mínimos de segurança no acesso à internet. Sendo assim, busca-se, neste artigo, uma solução adequada ao problema exposto.

OS FAKE NEWS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O acesso a internet corresponde uma situação em que o Estado, família e escola, bem como instituições similares, não conseguiram estabelecer um controle necessário para precaução de informações falsas e caluniosas. Desta forma, como em questões anteriores ou parecidas o Direito Penal atuará inapropriadamente na função do legislador brasileiro.

Assim, torna-se necessário uma reforma legislativa para fortalecer as leis contra criminosos que se encontram atrás das telas de computadores e notebooks.

No *facebook*, empresa milionária, os Estados Unidos da América impõem medidas severas aos criminosos que prejudicam pessoas com falsas contas. Assim, diferente no Brasil, a medida é apenas administrativa.

Como se observa, o problema vai além da matéria penal, uma vez que o costume brasileiro do Direito positivo infiltrou raízes coedificadoras no contemporâneo sistema jurídico. Além dessa situação, a *fake news* é uma grande ameaça aos utilizadores de rede de internet, pois tal inobservância poderá provocar violação aos direitos de personalidade, bem como ao crescimento familiar e social.

PROPOSTA DE PENA DE RECLUSÃO AOS CRIMES CIBERNÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO E O ACESSO A INTERNET

Verificou-se que a medida proposta insere o encontro de dois princípios constitucionais, a saber: "Princípio do Direito a Informação e o Princípio da Intervenção Mínima".

Assim, encontra-se, uma possível solução, vez que a intervenção não pode ultrapassar a ideia do mínimo jurídico. Por outro lado, a outra concepção não pode enfraquecer o direito básico da informação.

Neste tocante, aduz Risk Briefing (2014 p.01-02):

A exposição ao crime cibernético está relacionada com o nível de atividades online realizadas por uma organização, incluindo o âmbito da sua presença on-line, a quantidade de ativos e informações valiosas que são armazenados *on-line*, a robustez da segurança *on-line*, bem como o grau de consciência de risco na cultura organizacional. Para gerenciar o risco de crimes cibernéticos, é preciso primeiro identificar o nível de nossas atividades on-line, e determinar quais ativos e atividades podem ser afetados por crimes cibernéticos. Em seguida, podemos começar a identificar, avaliar e gerenciar nossos riscos de crimes cibernéticos. Os passos seguintes serão úteis: Entender claramente e definir os objetivos organizacionais para as atividades on-line. Reconhecer os diferentes e específicos ambientes on-line das nossas partes interessadas, e avaliar seus apetites por risco online. Endereçar fatores culturais e técnicos. Estes incluem barreiras culturais, dificuldades de comunicação e os efeitos das ideias preconcebidas sobre as percepções de risco do crime cibernético. Reconhecer ameaças internas e externas de criminosos cibernéticos. Ameaças internas podem surgir a partir de erros de funcionários, perda acidental de dados, ou vazamentos maliciosos de dados corporativos sensíveis. As ameaças externas podem vir de hackers, grupos de pressão, concorrentes ou até mesmo governos estrangeiros hostis, bem como vírus, *worms*, cavalos de Tróia, etc. Estabelecer propriedade, responsabilidade e incentivos para enfrentar os riscos do crime cibernético. Toda alta gerência deve ser responsável pela gestão dos riscos dos crimes cibernéticos em sua área de responsabilidade, e devemos desafiar as partes interessadas que o vêem como "o problema não é nosso". Gerenciar os riscos de crimes cibernéticos dentro de uma estrutura de Gestão de Riscos Corporativa (ERM). Riscos de crimes cibernéticos podem afetar a empresa amplamente em áreas como a reputação, a continuidade dos negócios e refletir para as subsidiárias e fornecedores, por isso deve ser gerenciado de forma coerente como parte de nossa resposta global ao risco. Desenvolver uma perspectiva global sobre os impactos de risco de crimes cibernéticos. Muitas organizações dependem de economias estrangeiras para o comércio, exportação e geração de riquezas, e isso expõe a criminalidade cibernética no exterior que não pode ser ignorada. Como profissionais de risco, precisamos incluir o crime cibernético em nosso pensamento e prática, para que possamos oferecer conselhos práticos direcionados às nossas organizações com o objetivo de reduzir as ameaças e proteger o nosso negócio.

Diante do pensamento acima, além das medidas estabelecidas, também é imprescindível fortalecer o uso de senha, códigos, links verídicos, configuração de segurança e todo recurso digital para dificultar os crimes cibernéticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, os crimes cibernéticos são imprevisíveis, uma vez que a internet, “terra sem lei” têm seus comandos enfraquecidos pela omissão do legislador.

Neste sentido, o Princípio da Intervenção Mínima deverá abranger que não se enfraqueça o direito a informação e o acesso livre à internet. Sendo, imprescindível, reformas legislativas mais severas com pena de reclusão. Isto porque, ainda diante da pandemia, muitas famílias encontram-se acopladas atrás das telas e acabam sendo vítimas de vários crimes cibernéticos e outros tipificados no Código Penal e legislação extravagante.

Pelo exposto, vale ressaltar que a Justiça, o Poder Público, representado pelo Ministério Público, não escapam de readequação à questões atinentes a idéia entre: “sociedade, indivíduo e acesso a internet e o mínimo de intervenção do Direito Penal Brasileiro”.

REFERENCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Disponível em: . Acesso em: 5 jun. 2013

BRIEFING, Risk Doctor Partnership. **GERENCIANDO RISCOS DE CRIMES CIBERNÉTICOS, 2014**. <https://risk-doctor.com/wp-content/uploads/2020/06/93P-Managing-cyber-risk-BR.pdf>. < acesso, 30/06/2021 >

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2ªed. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

JUNIOR, Fredie Didier. **Sobre a Teoria Geral do Processo essa desconhecida**. Salvador: JusPODIVM, 2013. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O PLANEJAMENTO DE UMA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: IMPORTÂNCIA PRÁTICA DE CADA ETAPA.

JARDEL ULISSES ALVES DE SOUSA:

Analista Judiciário (Oficial de Justiça) do TJ/AM. Mestrando em Ciências Jurídicas pela Ambra University - U.S.A. Bacharel em Direito (UEA). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (CIESA). Licenciado em História (UEA).

RESUMO: Os métodos adequados de resolução de conflitos buscam a cultura da paz. Em termos práticos, são respostas aos atuais processos adversariais, que “prestigiam” apenas o “tratamento” das posições em detrimento dos conflitos, resultando em insatisfações daqueles que buscam o Poder Judiciário, não sendo raro o retorno das partes. O instituto da Conciliação, método desenhado para situações que, de forma geral, não envolvam relacionamentos anteriores entre os sujeitos do processo, se traduz em um diálogo intermediado por um terceiro imparcial que lança mão de inúmeras ferramentas voltadas ao acolhimento, empatia e fluidez dos diálogos. O uso da Conciliação judicial ou extrajudicial deve guardar relação com os postulados das normas aplicáveis, traduzindo-se em tempo hábil para seu uso efetivo nas sessões, e não de mero cumprimento de dispositivo legal. Nesse sentido, serão apresentadas as etapas de uma sessão conciliatória, ressaltando-se a importância de seu planejamento.

Palavras-chave: Conciliação. Sessão. Planejamento.

ABSTRACT: Appropriate methods of conflict resolution seek the culture of peace. In practical terms, they are responses to current adversarial processes, which “reward” only the “handling” of positions to the detriment of conflicts, resulting in dissatisfaction of those who seek the Judiciary, with the return of the parties not being rare. The Conciliation Institute, a method designed for situations that, in general, do not involve previous relationships between the subjects of the process, translates into a dialogue mediated by an impartial third party that makes use of numerous tools aimed at welcoming, empathy and fluidity of the dialogues. The use of judicial or extrajudicial Conciliation must be related to the postulates of the applicable rules, translating in a timely manner for its effective use in sessions, and not mere compliance with a legal provision. In this sense, the steps of a conciliation session will be presented, emphasizing the importance of its planning.

Keywords: Conciliation. Session. Planning.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO DE UMA SESSÃO (OU AUDIÊNCIA?) DE CONCILIAÇÃO. 3. ETAPAS DE UMA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO 3.1

PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: ABERTURA E INVESTIGAÇÃO INICIAL DO CONFLITO. 3.2 TERCEIRA ETAPA DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: DESENVOLVIMENTO. 3.3 QUARTA ETAPA DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: REDAÇÃO DO TERMO E ENCERRAMENTO. 4. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO: COMPARAÇÃO DAS ETAPAS DE UMA SESSÃO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A sessão de conciliação precisa ter algum balizamento para que, senão alcance seus propósitos originários, tenha êxito na criação de uma atmosfera acolhedora e de confiança mútua entre a figura do conciliador e as partes em conflito. É natural que se criem expectativas, receios e ansiedades durante o “processo”, seja em virtude do espaço formal em que ocorrerá, pelo fato do agente conciliador não ser conhecido dos sujeitos, por fatores relacionados aos interesses subjacentes que nem sempre se mostram facilmente entre uma parte e outra etc. Dessa forma, delineando-se pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada, insertos no artigo 166 do Código de Processo Civil Brasileiro – Lei nº 13.105/15 -, a doutrina organizou as sessões de conciliação nas seguintes etapas: Abertura, Investigação Inicial do Conflito, Desenvolvimento e Encerramento, com a elaboração do Termo. Sobre as fases, ponderam Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto, tal fluxograma não deve ser interpretado como uma “receita culinária”⁴⁴.

Partindo disso, através de revisão bibliográfica, o objetivo principal do estudo é analisar a importância prática das etapas de uma sessão de conciliação, tendo como objetivos específicos apresentar a diferença conceitual dos termos “audiência” e “sessão”; conhecer as etapas práticas de uma sessão de conciliação e comparar os procedimentos da conciliação, mediação e negociação.

Nesse sentido, no segundo capítulo, serão apresentadas as distinções conceituais dos termos “audiência” e “sessão”, uma reflexão sobre o planejamento prévio das etapas da sessão de conciliação, pois são muitas as variáveis e sentimentos envolvidos. Ademais, há que se ter um tempo para a organização do *lay out* (espaço físico), da disposição das cadeiras das partes com relação entre si e o terceiro conciliador, além de aspectos do lado externo ao recinto em que se dará a sessão, minimizando a chance de ruídos e/ou outras distrações que possam ocorrer.

No terceiro capítulo, serão debatidas as etapas práticas de uma sessão de conciliação: a abertura, momento em que o conciliador se apresenta e pede as partes e aos seus respectivos representantes que também o façam, identifica os papéis de cada um dos

⁴⁴ “...em que são usados determinados ingredientes e marcas que resultarão, na maioria das vezes, se bem seguidas pelo usuário, em um alimento a ser consumido” (SAMPAIO; BRAGA NETO, 2007, p. 46-47).

envolvidos, verifica a representação das partes, diferencia o encargo do conciliador com o de juiz e explica, em linhas gerais, como se dará o procedimento; a investigação inicial do conflito, instante em que o conciliador solicita que as partes relatem o caso dentro de suas perspectivas, com suas próprias palavras; o desenvolvimento da sessão em si, onde as trocas de informações, discussão sobre os “interesses”, a criatividade em criar caminhos alternativos de solução, dentre outros, de fato ocorrem. Ainda, as distinções de posturas do conciliador em “informar”, “sugerir” e “avaliar” as falas das partes e os comentários de Bruno Takahashi sobre o tema no livro *“Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários”* (2016), no qual discorre, entre outros aspectos, sobre as gradações de intervenção dessas figuras e o que se deve evitar em uma sessão de conciliação; Por fim, a última etapa consignada na redação do termo e encerramento que, independentemente do resultado da sessão, deverá ser lavrado.

No último capítulo, serão comparadas as etapas práticas das sessões de mediação, conciliação e negociação, pois, em verdade, apesar das diferenças conceituais entre um instituto e outro, não poucas vezes se tangenciam. Para tanto, serão utilizadas as nomenclaturas de Carlos Eduardo de Vasconcelos, na obra *“Mediação de conflitos e práticas restaurativas”* (2018), Dirceu Fiorentino, em *“Mediação, conciliação e arbitragem para solução de conflitos sem intervenção do poder judiciário”* (2020), dentre outros.

O trabalho assume grande relevância, pois o mundo passa por uma reformulação na maneira como lida com seus dilemas sociais, apresentando meios alternativos de resolução de conflitos – conciliação, negociação e arbitragem -, dentro de uma cultura de paz. Sendo a conciliação o método voltado para casos em que não há um relacionamento prévio ou subjacente entre as partes, em outras palavras, em situações cujos atores envolvidos não objetivam (necessariamente) manter um relacionamento futuro, assume características próprias em suas etapas práticas e o *modus operandi* da figura do terceiro. Assim, para aumentar as chances de sucesso, é essencial que as sessões de conciliação sigam etapas didática e racionalmente organizadas, pois, se não representam “ingredientes de uma receita culinária”, certamente servem para facilitar a condução dos trabalhos. É sob essa perspectiva que enfrentaremos o tema proposto nos tópicos que se seguem.

2. A IMPORTÂNCIA DO PLANEJAMENTO DE UMA SESSÃO (OU AUDIÊNCIA?) DE CONCILIAÇÃO.

Antes de explanarmos sobre o planejamento em si, trago a questão de qual o tratamento correto ao nos referirmos a uma conciliação: sessão ou audiência? Por audiência, remonta-se aos tempos da Idade Antiga, em que aqueles envolvidos em alguma disputa, ou para fins de sanção penal, eram submetidos ao pretório, a fim de lhes dar audiência (ouvir), em seguida, julgava o mérito da questão. Com o aperfeiçoamento das instituições, ao longo do tempo, a corroborar o atual Código de Processo Civil – lei nº

13.105/1545, o termo “audiência” é facilmente relacionado, não somente às atividades jurisdicionais, mas afeita a todo o sistema judicial, marcadamente, espaço para a resolução contenciosa de conflitos, em que uma autoridade, o juiz, ouve os interlocutores, faz o acolhimento de provas e diz o direito.

Para a professora Fernanda Tartuce (2018), ao se referir a um encontro em que o método usado para resolver o conflito é autocompositivo (mediação ou negociação, por exemplo), o mais adequado é o uso da expressão “sessão”. “É mais apropriado e recorrente o uso da expressão “sessão” para designar os encontros pautados pela consensualidade”⁴⁶ (p.300). A autora justifica que o uso da palavra “audiência” em ambientes extrajudiciais (câmaras privadas, por exemplo), poderia resultar em “confusão” entre se está diante de uma instituição estatal ou de natureza privada. Nesse sentido, menciona a escritora, questão semelhante já foi feita pelo Ministério Público junto à justiça, em que demandou contra instituição arbitral que fazia o uso da expressão “tribunal”, além de usar logotipos próprios da República. Citamos, na mesma linha, o enunciado 7247 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, ocorrida nos dias 22 e 23 de agosto de 2016, na cidade de Brasília/DF, em que ficou consignada tal proibitiva, e art.12-F48, caput, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

No tocante ao planejamento de uma sessão de conciliação, não diferente como quaisquer outras atividades que nos propomos realizar, planejar é fundamental. Com isso, não significa garantir o “sucesso” de um determinado empreendimento ou projeto, por exemplo, porém, certamente maximiza as chances de êxito.

Sem adentrar no mérito se a conciliação é um instituto de resolução consensual de conflito autônomo, ou espécie de mediação (modalidade avaliativa), é inegável que tal instrumento possui particularidades que o distingue, em maior ou em menor medida, dos demais métodos autocompositivos, devendo essas singularidades serem levadas em conta nas execução das etapas de uma sessão de conciliação, mais adiante analisadas.

45Brasil. Lei n. 13.105/15. Consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l1305.htm Acesso em 10.Mar.2020.

46 Tartuce, F. (2018). Mediação nos conflitos civis (4ª ed.V. 01). Rio de Janeiro, RJ: MÉTODO. pág.300.

47 As instituições privadas que lidarem com mediação, conciliação e arbitragem, bem como com demais métodos adequados de solução de conflitos, não deverão conter, tanto no título de estabelecimento, marca ou nome, dentre outros, nomenclaturas e figuras que se assimilem à ideia de Poder Judiciário.

48 Art. 12-F. Fica vedado o uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos referidos nesta Seção, bem como a denominação de “tribunal” ou expressão semelhante para a entidade e a de “Juiz” ou equivalente para seus membros.

Antes de se iniciar as fases de uma sessão de conciliação, há que se ter em mente uma série de medidas prévias, que vão da organização do espaço (escolha e disposição da mesa e cadeiras confortáveis, luminosidade do ambiente, cores das paredes, ruídos etc..) à coleta e divulgação de informações (local, dia e horário, anotação de dados cadastrais, existência de terceiros, definição de honorários etc.). Como se trata de um método colaborativo, de boa fé e consensual, é elementar criar um ambiente amistoso e uma atmosfera acolhedora, que na presteza do primeiro atendimento, as partes sintam-se confiantes em dar andamento ao procedimento conciliatório propriamente dito⁴⁹. (Takahashi, B., & et al., 2019, p.63).

Carlos Eduardo de Vasconcelos, em sua obra *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*⁵⁰, explica que a separação da sessão de conciliação da fase do planejamento prévio não é uma imposição, todavia, de acordo com que tem constatado em sua experiência enquanto “conciliador”, é que nesse momento há um empoderamento dos “mediandos”, quanto ao seu protagonismo no processo. Além do mais, pode-se constatar questões ilegais e contrárias à ordem pública, requerendo, assim, encaminhamentos mais adequados por parte do terceiro facilitador. Procede-se ainda, com as anotações dos nomes das partes, endereços e contatos telefônicos dos solicitantes e solicitados, informações quanto às custas do procedimento e honorários, bem como, acrescenta o autor, ser uma das oportunidades de desconstrução de narrativas pessoais, fazendo referência a casos realizados por meio de dinâmicas transdisciplinares, organizadas em Grupos de Pré-Mediação (GPMs).

3. ETAPAS DE UMA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO.

3.1 PRIMEIRA E SEGUNDA ETAPAS DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: ABERTURA E INVESTIGAÇÃO INICIAL DO CONFLITO.

Definida a Câmara Privada ou o Conciliador autônomo, dar-se-á início a sessão conciliatória. De acordo com Lia Regina Castaldi e Adolfo Braga Neto (2007, p.32) são etapas de uma sessão de conciliação: pré-mediação, abertura, investigação, agenda, criação de opções, avaliação de opções, escolha de opções e solução⁵¹. Para Daniela Monteiro Gabbay, Diego Falek e Fernanda Tartuce (2013, p.63), o processo conciliatório divide-se em abertura; relato do conflito; agenda, opções e negociação; finalização.⁵²

⁴⁹ Takahashi, B., & et al. (2019). *Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal*. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal. Pág. 63.

⁵⁰ Vasconcelos, C. E. (2018). *Mediação de conflitos e práticas restaurativas* (6ª ed.). Rio de Janeiro, RJ: Forense. Pág. 198 – 199.

⁵¹ Sampaio, L. R. C., & Neto, B. A. (2007). *O que é mediação de conflitos*. São Paulo, SP: Brasiliense. Pág. 32.

⁵² Gabbay, D., Falek, D., & Tartuce, F. (2013). *Meios alternativos de solução de conflitos*. Rio de Janeiro, RJ: FGV. Pág. 63.

Adotaremos, dado o caráter holístico, a divisão proposta por Bruno T., Daldice M. S. A., Daniela M. G. e Maria C. A. A. no Manual de mediação e conciliação da justiça federal (2019, p.64-77), a saber: abertura, investigação inicial do conflito, desenvolvimento, redação do termo e encerramento.⁵³

Vale ressaltar que o objetivo precípua é criar uma ambiência que inspire acolhimento e confiança, devendo as etapas serem compreendidas como um caminho/roteiro, sem deixar de lado a sensibilidade do conciliador frente às relações intersubjetivas presentes nos interlocutores, que não, necessariamente, seguirão a programação, ante o princípio da autonomia da vontade.⁵⁴

No dia da sessão de conciliação, o facilitador do diálogo deverá chegar antes das partes, procedendo com a memorização dos nomes e a organização dos conteúdos. Todos presentes, o facilitador procederá a abertura de forma a inspirar cordialidade, confirmando os nomes e como cada um gostaria de ser chamado. Sempre atento ao protagonismo das partes, o conciliador, sentando-se equidistante delas, explica como se desenvolverá a sessão, esclarecendo-lhes não ser juiz, não lhe cabendo, portanto, identificar a culpa ou decidir o conflito, mas facilitar o diálogo e fornecer alternativas/ideias.

Leciona Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018) ser esse o momento em que o conciliador acolhe, de forma respeitosa e informal os conciliandos e advogados, com certo nível de senso de humor; enaltece a postura das partes e advogados, dirigindo-lhes, individualmente, a palavra; esclarece o instituto da conciliação, deixando claro que sua função é colaborar para o diálogo; combina o tempo de duração da sessão; declara sua independência e imparcialidade funcional; esclarece sobre o aspecto sigiloso das falas e provas argumentadas na sessão; destaca que todos terão, em igualdade de condições, tempo para as suas falas, chamando atenção para o respeito mútuo e a proibitiva de se interromper quando o outro estiver com a palavra; e finalmente, expor a possibilidade de *caucus*⁵⁵, a depender das circunstâncias e prévia condescendência dos conciliandos.⁵⁶ (p. 200-201).

Em sequência a abertura, feitos os esclarecimentos, passa-se a investigação inicial da controversa. É nesse momento que o conciliador solicita que cada um dos conciliandos, expresse, sob perspectiva própria, o conflito. A ordem, via de regra, é de o solicitante iniciar

⁵³ TAKAHASHI, B., & et al., 2019, p. 64-77.

⁵⁴ Cf. inciso V, art. 1º da Res. 125/2010 do CNJ. Independência e autonomia - dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

⁵⁵ Reunião privada, e individual, do conciliador com as partes.

⁵⁶ VASCONCELOS, 2018, p. 200-201.

a fala, mas que pode ser questionado a ambos quem gostaria de começar. Por “investigar”, significa um papel ativo do conciliador em fazer perguntas. Entretanto, durante as narrativas, a postura é ouvir ativamente, não interrompendo, e sim observar as falas e seus significados nas verbalizações, nos sinais corporais e nas emoções à baila através do tom da voz. De acordo com Antonio Donizete Souza (2015), pode ocorrer que em determinado momento um dos interlocutores deixe dúvidas em suas falas, o que autoriza, segundo o autor, o conciliador a fazer perguntas no sentido de facilitar a comunicação, além de favorecer uma atmosfera amistosa e de recíproca cooperação. Exemplos de perguntas: “Deixe-me ver se entendi”, ou “o que você quer dizer é...”⁵⁷ (p.106).

As perguntas devem ser do tipo fechada, fazendo sempre referência às narrativas anteriores, objetivando a normalização dos discursos agressivos e/ou vexatórios. Afinal, a “posição” nem sempre espelha o “conflito”. A investigação inicial do conflito é a oportunidade para humanizar as interações intersubjetivas das partes, pois nem sempre o que se diz, é o que de fato se quis dizer. O *feedback* é importante para evitar ou eliminar ambiguidades, e assim poderem identificar as necessidades reais que, em geral, afirmam Roger Fischer, William Ury e Bruce Patton (1994), estão ligadas à segurança, bem-estar econômico, sensação de pertencimento, reconhecimento e controle sobre a própria vida.⁵⁸ (p.40).

3.2 TERCEIRA ETAPA DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: DESENVOLVIMENTO.

Nessa etapa, os conciliandos, empoderados de sua autonomia e conscientes de seu protagonismo, estão preparados para apresentar propostas e aprofundar o diálogo através de uma comunicação prospectiva. Antes de se passar ao momento de apresentação de ideias e alternativas, Carlos Eduardo de Vasconcelos (2018) chama a atenção para a realização e compartilhamento de um resumo. Caberá ao conciliador, em “linguagem apreciativa”⁵⁹, dar o início, através de colocações como “pelo que entendi, as questões que precisamos cuidar são as seguintes...”, ou seja, haverá a justaposição (e não aglutinação) das narrativas em uma.⁶⁰ (p.204).

Resguardadas a ordem pública e a legalidade das propostas, é nesse momento que as partes terão espaço para a criatividade. Um convite ao “camarote”⁶¹: mudança da forma

⁵⁷ Souza, A. D. E., & SOUZA, T. (2015). Manual de mediação e conciliação – eficaz para soluções e acordos (1ª ed. V. 01). São Paulo, SP: Clube dos autores. p. 106.

⁵⁸ Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. (1994). Como Chegar ao Sim. Rio de Janeiro: IMAGO. p. 40.

⁵⁹ Caspersen, D. (2016). Mudando o tom da conversa 17 princípios para resolver conflitos. Rio de Janeiro, RJ: Sextante. p. 210.

⁶⁰ VASCONCELOS, 2018, p. 204.

⁶¹ Cf. a obra Como chegar ao sim com você mesmo, de William Ury. O camarote é uma metáfora de um espaço racional e emocional em que você assume uma perspectiva abrangente e mantém a calma e o

de enxergar a situação, exercício da empatia e validação de sentimentos são concretizados em alternativas para a resolução do conflito. Nessa quadra, o conciliador atuará informando, sugerindo e, quando previamente autorizado pelos conciliandos, avaliando as opções. Bruno Takahashi em sua obra *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários (2016)* apresenta as diferenças em cada uma dessas condutas, concluindo que o trabalho do terceiro deve restringir-se a informar e sugerir, pois ao proceder a avaliação das alternativas, de certa forma sairá da posição horizontal (igualdade) em relação as partes, assumindo uma posição vertical, de modo que, ao externalizar sua opinião, estará ultrapassando o limite da neutralidade, contaminando sua atuação com parcialidade⁶², posto que influenciará, quer queira, ou não, as partes a aceitar determinada alternativa, em detrimento de outras.⁶³

E nessa etapa da sessão de conciliação que deverá haver o agendamento dos temas, partindo da consensualidade. Por consenso, entenda-se a concordância das partes quanto a prioridade de se discutir esse ou aquele tema inicialmente. Para Gabbay, Falek e Tartuce (2013), a agenda serve para "...ordenar os assuntos para ficar claro o objeto..."⁶⁴. (p.65). Em outra abordagem, a simplificação dos diálogos, partindo dos mais "simples" aos mais "complexos".

Formatada a agenda de resolução ou transformação dos conflitos, o conciliador passará a estimular as partes a criarem opções de respostas, de forma que quanto maior o número de alternativas (*brainstorming*), melhores as chances de se chegar ao acordo. Em seguida, faz-se a avaliação de cada uma das ideias, instante em que se efetua uma projeção, analisando-se, pormenorizadamente, cada uma das possibilidades levantadas. Encerradas as análises, passa-se ao momento da escolha das sugestões que melhor se adequem às especificidades do conflito e das motivações dos conciliados. (SAMPAIO, NETO, 2007, p.33).⁶⁵

Em verdade, a etapa do desenvolvimento é onde de fato a negociação, etimologicamente considerada, ocorre. Até aqui, as falas foram intercaladas, mantidos pelo conciliador a ordem, o respeito e o espírito colaborativo das partes. Ao se verbalizar as

autocontrole. Se a vida é um palco e todos somos atores, o camarote de um teatro é um posto de observação privilegiado, de onde assistimos a todo o espetáculo com mais clareza. Definição de William Ury no livro *Como chegar ao sim com você mesmo*.

⁶² Imparcialidade é uma exigência ética e legal da conduta de qualquer "conciliador" (sentido lato), diferentemente da neutralidade, pois faz parte do ser humano.

⁶³ Takahashi, B. (2016). *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília, DF: Gazeta. Pág. 127.

⁶⁴ GABBAY, FALEK, TARTUCE, 2013, p. 65.

⁶⁵ CASTALDI SAMPAIO, BRAGA NETO, 2007, p. 33.

posições, o terreno tende a se tornar fértil para o afloramento das emoções, dificultando a comunicação, enfim, a compreensão e apropriação dos reais interesses de uma e outra parte – diálogo. Destarte, é necessário que o conciliador trabalhe as emoções a fim de que estas sejam percebidas e acolhidas, não significando, porém, ponderam Sampaio e Neto, que o facilitador deverá "...concordar ou apreciar, mas trata-se de reconhecer o direito de cada um de ter sentimentos específicos". (2007, p.29).

Para finalizar o tópico, é importante que as partes costurem uma Melhor Alternativa em Caso de Não Acordo – MACNA, recurso utilizado considerando a não convergência de propostas, ou seja, ausência de acordo sobre o conflito, levando-se em conta a seguinte pergunta: "...qual seria o melhor ou o pior cenário caso não se chegue a um acordo?".⁶⁶ (2019). Apenas para efeito de se visualizar o uso desse recurso, imaginemos um empregado que se sente desprestigiado, financeiramente, por seu empregador. O pior cenário possível seria, como resposta a um pedido de aumento salarial, o empregador simplesmente demitir esse empregado. Nesse exemplo, como MACNA desse empregado, poderiam ser o prévio acerto de ser contratado em outra empresa, ou mesmo proceder a abertura do próprio negócio.

3.3 QUARTA ETAPA DA SESSÃO DE CONCILIAÇÃO: REDAÇÃO DO TERMO E ENCERRAMENTO.

Narrados os fatos, discutidas as propostas e obtido (ou não) o consenso, a etapa seguinte será a redação do termo final de conciliação, devendo ocorrer neste momento a validação da alternativa de resolução do conflito acordada, a consignação de assinaturas, encerramento da sessão e congratulações.

Essa fase é tão importante quanto todas as demais, demandando grande esforço ao conciliador, a fim de transcrever de forma coerente, e clara, os termos do acordo, em observância ao princípio da decisão informada⁶⁷. É um dever do conciliador manter as partes sempre informadas (princípio da informação⁶⁸), e, em relação simétrica, fazer com que os conciliandos compreendam suas posições quanto aos compromissos firmados, se exequíveis ou não.

Ressalva-se que nem tudo o que foi colocado na sessão de conciliação deve ser transcrito no termo, em atenção ao princípio da confidencialidade⁶⁹, dados relativos às falas e provas são sigilosos, não podendo, dessa forma, serem utilizados em processos judiciais e/ou administrativo, ressalvados os casos de crime ou afrontamento à ordem

⁶⁶ TAKAHASHI, B., & et al., 2019, p. 73.

⁶⁷ Cf. Inciso II, art. 1º da Resolução 125/2010 do CNJ.

⁶⁸ Cf. Inciso I, art. 2º da Resolução 125/2010 do CNJ.

⁶⁹ Cf. Inciso I, art. 1º da Resolução 125/2010 do CNJ.

pública. Destarte, o conteúdo deve restringir-se a responder às qualificações das partes, advogados e prepostos, exposição sucinta do conflito, resumo da proposta, obrigações assumidas pelas respectivas partes, local e data, assinaturas. De acordo com Vasconcelos (2018), sendo o acordo um contrato, com força de título extrajudicial, devem constar nele também as consequências do inadimplemento contratual, o foro competente para a execução judicial de suas cláusulas e o modo como será feito o seu cumprimento.⁷⁰ (p.208).

O encerramento da sessão de conciliação deve ocorrer, independentemente do resultado, exatamente da mesma forma que iniciou: com gentileza, dentro de uma atmosfera cordial. Nem sempre um bom procedimento autocompositivo é aquele que terminou com consenso, com um acordo, mas, sobretudo, quando o diálogo respeitoso, a validação mútua de sentimentos e a empatia se fizeram presentes.

A postura consensual que as partes tiveram de submeter seus conflitos a um terceiro deve ser ressaltada, parabenizando-se não apenas aos conciliandos, mais também aos advogados, aos representantes legais, aos prepostos, enfim, todos os atores da sessão de conciliação.

4. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO: COMPARAÇÃO DAS ETAPAS PRÁTICAS DE UMA SESSÃO.

Neste tópico, serão comparadas as etapas práticas de uma sessão de mediação, conciliação e negociação, estas (etapas) arquitetadas pela doutrina, através do empirismo, pois, sabe-se, ainda inexistente instrumento legal tecendo todas as fases dos procedimentos de resolução consensual de conflitos.

Nesse sentido, na obra *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* (2020, p.62), coordenado por Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva, os autores esclarecem, a título de exemplo, que a Lei de Mediação não elencou as etapas do procedimento, abordando apenas regras gerais e sobre determinados pontos, como o convite, a possibilidade da inserção de cláusula de mediação extrajudicial nos contratos, homologação de acordos – em procedimentos judicializados –, e orientações sobre prazos totais para a finalização da mediação.⁷¹

70 VASCONCELOS, 2018, p. 208.

71 Salles, C. A., Lorencini, M. A. G. L., & Silva, P. E. A. (2020). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* (3ª ed). Rio de Janeiro/RJ: Forense. P.62.

Em rápida síntese, a palavra Mediação deriva, etimologicamente, do latim *Mediatio*, ato de “intervir, colocar-se entre duas partes”, de *Medius*, “meio”.⁷² Por sua vez, o vocábulo Negociação, derivado do termo “negócio” – do latim “*Negotium*” (*Nec* = advérbio de negação + *Otium* = folga, ócio), significa não ser dado ao ócio, mas dedicar-se em algo.⁷³ Já por Conciliação, do latim *conciliatio*, quer dizer, dentre outras denotações, o ato de “harmonizar pessoas divergentes; reconciliação. Acordo entre demandantes para encerrar uma demanda legal.⁷⁴

Como se observa, tanto na conciliação, quanto na mediação, há a presença de um terceiro estranho à demanda, ao conflito. A esse caberá o papel de fazer o elo entre as partes no cumprimento das etapas da sessão respectiva. Por seu turno, na negociação, a dedicação no processo de busca pela “paz” dar-se-á a cargo exclusivo de seus interlocutores, em diálogo direto entre si. Para isso, a doutrina também roteirizou um caminho de fases e técnicas voltadas a uma sessão de negociação.

Tendo em vista o tema deste artigo versar sobre as etapas de um procedimento conciliatório (abertura, investigação inicial do conflito, desenvolvimento, redação do termo e encerramento – já discorridas), passemos as etapas, de forma detida, das sessões de mediação e negociação, em seguida, comparando suas especificidades.

Dirceu Fiorentino (2020, p.53), em mediação envolvendo relações familiares, divide as etapas de uma sessão de mediação em 9 (noves): preparação, abertura, narrativas, levantamento de dados, reuniões privadas, criação de opções, teste de realidade, acordo e fechamento.⁷⁵ No tocante a uma sessão de negociação de conflitos, Vasconcelos (2018, p.173-174) organiza o procedimento em planejamento, execução e controle. No planejamento, conhecer o outro interlocutor (sua origem cultural, formação acadêmica, situação financeira, simular seus interesses, estilos, necessidades etc.) é tão importante quanto o autoconhecimento sobre esses mesmos pontos. Na fase de execução, ocorrem os encontros, sempre pautados em princípios de colaboração mútua, dentro de uma abordagem “ganha-ganha” (negociação principiológica), em detrimento da “perde-ganha” (negociação posicional). No encerramento, última fase, há o monitoramento, avaliação dos resultados, ajustes e/ou retomadas do diálogo e implantações. ⁷⁶

⁷² Consultado em <https://origemdapalavra.com.br/palavras/mediacao/> Acesso em 30.mar.2020.

⁷³ Consultado em <https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-negocio/> Acesso em 30.mar.2020.

⁷⁴ Consultado em <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ab0L> Acesso em 30.mar.2020.

⁷⁵ Fiorentino, D. (2020). Mediação, Conciliação e Arbitragem. Leme, SP: Rumo Jurídico Editora de Livros. Pág. 53.

⁷⁶ VASCONCELOS, 2018, p.173-174.

Como se verificou, tanto a conciliação, quanto a mediação e negociação, são métodos de resolução de conflito, dentro de uma cultura de paz. Todos têm em comum o diálogo e o protagonismo das partes na procura de uma resposta construída consensualmente.

A diferença entre um método e outro reside na presença, ou não, de um terceiro; no grau de abordagem desse agente; nas técnicas utilizadas e no grau de apaziguamento que se pretende. Em todos os métodos, a execução seguirá o rito do pré-atendimento, seguida pela abertura, desenvolvimento e encerramento. Entretanto, a depender do caso em concreto, eles poderão se comunicar, tangenciando as técnicas de um e outro, pois o comportamento humano é cheio de imprevistos, dado os aspectos intersubjetivos da pessoa humana e abrangência interdisciplinar desses instrumentos alternativos de resolução de conflitos.

5. CONCLUSÃO

O planejamento de uma sessão de conciliação carrega em si grande importância na prática de suas etapas, pois é nesse momento que as partes se sentam para dialogar, razão por que não deve ser relegado ao imprevisto do conciliador, mas organizado técnica e didaticamente.

A conciliação é uma realidade contemporânea, sendo vivenciada no ordenamento jurídico pátrio, através da aprovação do Código de Processo Civil vigente e da lei de mediação (nº 13.140/15), por exemplo, em que os métodos alternativos de resolução de conflitos assumem um papel importante, como instrumentos de resposta a, de uma lado, um judiciário assoberbado de demandas, culminando em uma demora desmedida para julgar; de outro, o constante retorno a esse método de resolução contencioso, pois não se resolve, efetivamente, o "conflito".

Desde a segunda década do século passado, o mundo passa por uma importante reformulação na maneira como tem lido com seus conflitos. O desafio agora é, para além das incorporações jurídicas, transmutar do plano positivado, para o comportamento humano. A ideia é, diante de uma disputa, em vez de recorrer primeiramente ao estado-juiz, optar pela promoção do diálogo, direta (negociação), ou indiretamente (com a presença de um terceiro facilitador).

Destarte, reconhecer que a conciliação é um valioso método de solução de controvérsia, sendo o mais largamente utilizado, inclusive, em disputas já judicializadas, é um passo importante. Entretanto, iniciar e terminar perguntando se as partes têm ou não um acordo (como tem ocorrido na praxe forense) não é, certamente, dar a merecida importância prática de cada uma das etapas de uma sessão conciliatória.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. 2010. Resolução nº 125/10. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Consultado em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf Acesso em: 09.mar.2020.

Brasil. Lei n. 13.105/15. Consultado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l1305.htm Acesso em 10.Mar.2020.

Caspersen, D. (2016). Mudando o tom da conversa 17 princípios para resolver conflitos. Rio de Janeiro, RJ: Sextante.

Fiorentino, D. (2020). Mediação, Conciliação e Arbitragem. Leme, SP: Rumo Jurídico Editora de Livros.

Fischer, R., Ury, W., & Patton, B. (1994). Como Chegar ao Sim. Rio de Janeiro, RJ: IMAGO.

Gabbay, D., Falek, D., & Tartuce, F. (2013). Meios alternativos de solução de conflitos. Rio de Janeiro. RJ: FGV.

Salles, C. A., Lorencini, M. A. G. L., & Silva, P. E. A. (2020). Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias (3ª ed). Rio de Janeiro/RJ: Forense.

Sampaio, L. R. C., & Neto, B. A. (2007). O que é mediação de conflitos. São Paulo, SP: Brasiliense.

Souza, A. D. E., & SOUZA, T. (2015). Manual de mediação e conciliação – eficaz para soluções e acordos (1ª ed. V. 01). São Paulo, SP: Clube dos autores.

Takahashi, B., & et al. (2019). Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Brasília, DF: Conselho da Justiça Federal.

Takahashi, B. (2016). Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários. Brasília, DF: Gazeta.

Tartuce, F. (2018). Mediação nos conflitos civis (4ª ed., rev., atual. e ampl.). Rio de Janeiro/RJ: Forense; São Paulo/SP: MÉTODO.

Vasconcelos, C. E. (2018). Mediação de conflitos e práticas restaurativas (6ª ed.). Rio de Janeiro, RJ: Forense.

Sites Consultados:

<https://origemdapalavra.com.br/palavras/mediacao/> Acesso em 30.mar.2020.

<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-negocio/> Acesso em 30.mar.2020.

<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=ab0L> Acesso em 30.mar.2020.

ENSAIOS SOBRE AS BASES FILOSÓFICAS DA ESSÊNCIA DE UMA CONSTITUIÇÃO DE ESTADO

GILBERTO DAVANÇO NETO: Mestrando em Filosofia do Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-graduado (lato sensu) em Direito Processual Civil, Direito Civil e Empresarial e, Direito e Negócios Imobiliários na Faculdade Damásio/IBMEC-SP, e Filosofia e Teoria Geral do Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito na Universidade Paulista. Advogado.

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de expor a reflexão filosófica sobre o sentido da essência de uma Constituição de Estado. O que se justifica pelo fato de que uma Constituição é a base fundamental que assegura um Estado. Nesse sentido, uma Constituição deve garantir desde os direitos mínimos e básicos para os cidadãos terem dignidade básica para proverem a sua subsistência e, entre outros deveres e formalidades, delimitar o poder do Estado sobre a sua nação e assentar a convergência dos valores e princípios dessa sociedade. Para esta reflexão expomos o estudo do pensamento sociológico, político e jurídico. Por meio do método de pesquisa bibliográfica e o referencial teórico são os filósofos Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, que trazemos com a intenção de problematizarmos ao longo deste texto a discussão referente a essência constitucional de um Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Constituição; Direito; Estado, Norma jurídica; Política.

RÉSUMÉ: Cet article vise à exposer une réflexion philosophique sur la signification de l'essence d'une Constitution d'État. Ce qui est justifié par le fait qu'une Constitution est la base fondamentale qui sécurise un Etat. En ce sens, une Constitution doit garantir, à partir du minimum et des droits fondamentaux, la dignité des citoyens pour assurer leur subsistance et, entre autres devoirs et formalités, délimiter le pouvoir de l'État sur sa nation et régler la convergence des valeurs et des principes de cette société. Pour cette réflexion, nous exposons l'étude de la pensée sociologique, politique et juridique. A travers la méthode de recherche bibliographique et le référentiel théorique sont les philosophes Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt et Hans Kelsen, que nous amenons avec l'intention de problématiser tout au long de ce texte la discussion concernant l'essence constitutionnelle d'un Etat.

MOTS-CLÉS: Constitution; Droit; État; Norme juridique; Politique.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Como é uma Constituição. 3. Sentido sociológico. 4. Sentido político. 5. Sentido jurídico. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1 Introdução

Às vezes, refletimos como se dá a essência uma Constituição, o que proporciona a reflexão filosófica (não-dogmática) para refletirmos sobre as concepções que assentam a essência de uma Constituição.

Nesse sentido, com o objetivo traçado neste texto de expormos a reflexão sobre o sentido da essência de uma Constituição de Estado. Compreendido que uma Constituição é a base fundamental que assegura um Estado organizado e justo para com os seus cidadãos. (REALE, 2000)

Dessa forma, uma Constituição deve garantir desde os direitos mínimos e básicos para os cidadãos terem dignidade básica para proverem a sua subsistência e, entre outros deveres e formalidades, delimitar o poder do Estado sobre a sua nação e assentar a convergência dos valores e princípios dessa sociedade. (BONAVIDES, 2000 e REALE, 2002)

Para esta reflexão expomos o estudo do pensamento sociológico, político e jurídico. Por meio do método de pesquisa bibliográfica e o referencial teórico são os filósofos Ferdinand Lassalle, Carl Schmitt e Hans Kelsen, que trazemos com a intenção de problematizarmos ao longo deste texto a discussão referente a essência constitucional de um Estado.

2 Como é uma Constituição

Uma Constituição pode ser compreendida como a Lei Fundamental, a base que assenta e converge a ética de determinada sociedade formada por um Estado, contemporaneamente por meio do ordenamento jurídico, que deverá ser respeitado pelo Poder do Estado e pelos seus cidadãos, de forma que dela se desdobrarão normas específicas para determinados temas, mas que deverão respeitar os preceitos constitucionais estabelecidos. (BONAVIDES, 2018)

Em geral, uma Constituição visa a garantir desde os direitos mínimos e básicos para os cidadãos terem dignidade básica para proverem a sua subsistência e até aos procedimentos formais dos Poderes do Executivo, Judiciário e Legislativo, assim como delimitar o Poder do Estado sobre a sua nação e passando pela positivação dos valores e princípios dessa sociedade. (BONAVIDES, 2000 e REALE, 2002)

Ao refletirmos como é uma Constituição, podemos abrir a reflexão para refletirmos filosoficamente as concepções que assentam a essência de uma Constituição.

Nesse sentido, as concepções de Constituição são diversas, tais como o sentido sociológico, político, jurídico e entre outros sentidos. Dessa forma, iremos expor neste texto, através do pensamento de grandes filósofos da humanidade, que se aprofundaram nesses estudos e ao fim, levantaremos possíveis hipóteses para a essência de uma Constituição. (NEVES, 1994)

3 Sentido sociológico

O filósofo polonês Ferdinand Lassalle (1825-1864), contemporâneo de Karl Marx, defende que o sentido sociológico para a essência da Constituição. Nesse sentido, exprime-se que “são as somas dos fatores reais de poder”. Conforme as suas reflexões na obra: “A essência da Constituição” (LASSALLE, 2000), podemos refletir a sua teoria de essência constitucional no seguinte sentido.

Lassalle estabelece o raciocínio para a construção de uma Constituição em que deve descrever rigorosamente a realidade ética da sociedade, sob pena de não se ter efetividade, tornando-se uma mera folha de papel.

Lassalle defende o conceito sociológico de Constituição e expõe que a Constituição não pode mudar a realidade. O que na sequência será contraposto por Hans Kelsen, com a dialética entre o “ser” e o “dever-ser” da norma jurídica.

A Constituição para Lassalle, permeia entre os fatores reais de poder, porque é uma exigência dos próprios fatores de poder, que são os aclames reais da sociedade. Dessa forma, só pode ser aquilo que realmente “é” e nunca o que “deveria ser”.

Nesse sentido, a melhor Constituição seria a escrita (formal) e principalmente e o fundamental, seria refletir a realidade da nação, uma Constituição real. Sendo assim, Lassalle define que a essência da Constituição é a soma dos fatores reais de poder, que são os interesses gerais da nação, sendo esses a integridade física, os bens e o sentimento de nação, e são o que apoiam e garantem a sua aplicação.

Por outro lado, o autor distingue o Direito, explica que ele não tem autonomia, porque evolui de modo vinculado aos fatores mais abstratos da sociedade, como os usos e costumes dessa sociedade. Apesar de ser um importante instrumento objetivo para coagir condutas através da ameaça de punições.

Decerto que, esses fatores abstratos de poder e o Direito, serão suprimidos pelos fatores reais de poder. Pelo fato de que os fatores reais afetam a consciência, sendo eles os interesses gerais da nação, o sentimento nacional e a integridade física do povo e os seus bens. O que é algo socialmente sentido pelos cidadãos e assim, um problema que será de ordem social e deverá ser debatido na esfera política entre os cidadãos.

Percebe-se que, quando uma Constituição escrita não corresponde aos fatores reais de poder, o que não refletirá aos valores éticos e reais de uma determinada sociedade, os cidadãos acabam se sentindo insatisfeitos com o governo e em último grau, podem se rebelar contra o Estado.

Podemos perceber que o pensamento em Lassalle é no sentido de que a essência de uma Constituição é sociológica, o que imbrica na política, que representa diretamente a realidade ética de determinada sociedade, sendo este o poder real que é a essência da Constituição.

Contudo, é fundamental que uma Constituição seja o reflexo da ética (valores) de sua respectiva comunidade, para que não seja apenas um papel ideológico de normas que não refletem a ética e a política da sociedade, ainda que se queira almejar um ideal de perfeição ética.

Todavia, Lassalle trouxe uma grande evolução ao Direito Constitucional, contribuindo com a teoria do voto universal e do Direto como instrumento de conquista do poder e democratização do Estado.

Além de que, a teoria da Constituição real e da Constituição formal (escrita), analisada de forma sociológica, que permeava a tradicional figura imperativa do Direito, a Lei Fundamental, expõe que os fatores reais de poder, podem colocar em questão a lógica formal da racionalidade jurídica e nos proporciona a discussão referente a eficácia do Direito.

4 Sentido político

O filósofo alemão, Carl Schmitt (1888-1985), contemporâneo de Max Weber e influenciado por Thomas Hobbes, Immanuel Kant e entre outros pensadores, defende o sentido político para a essência da Constituição. Nesse sentido, exprime-se que “a decisão política é fundamental”. Conforme as suas reflexões nas obras: “O guardião da Constituição” (SCHIMITT, 2007) e “O conceito do político” (SCHIMITT, 2008), podemos refletir a sua teoria de essência constitucional no seguinte sentido.

Schmitt defendeu a Constituição deveria ser de natureza política, e não, jurídica, como Kelsen irá formular. Apesar de ter sido contemporâneo de Schmitt, Kelsen só conseguiu ser aceito e teve acatado o seu raciocínio depois da Segunda Guerra Mundial com o Nazismo. De maneira que, o raciocínio político de Schmitt como essência constitucional que assentou e propiciou os alicerces da ideologia Nacional-Socialista do Reich, de Adolf Hitler. De modo que a guarda da Constituição era uma função da natureza política e não jurídica, protegido pelo Direito. Dessa forma, nesse caso o presidente do Reich tinha poder para realizar essa função e deliberar de forma direta seus interesses.

Em contraposição, Kelsen elaborou um texto em defesa intitulado: "Quem deve ser o guardião da Constituição?". Este texto refuta o argumento de Schmitt, expressando que o sentido da essência política de uma Constituição para a solucionar grandes conflitos sociais, não diferencia do sentido da essência jurídica de uma Constituição. Porque o Direito e a política, têm a função de solucionar as grandes questões sociais. Kelsen ainda acrescenta a importância dessa função ser desempenhada por um Tribunal Constitucional em uma democracia moderna, fruindo de uma maior imparcialidade nas decisões, especialmente quando se trata de classes sociais oprimidas ou opositores ao governo, sendo essa a sua inspiração para a elaboração do texto da Constituição da Áustria de 1920.

A concepção do sentido político como essência da Constituição, defendido por Schmitt, torna a decisão política como sendo fundamental para a Constituição. Dessa forma, percebe-se que isso pode acarretar em um determinado voluntarismo, de acordo com as vontades e interesses políticos do governante que se encontra no poder, porque não passará pelo crivo do Direito, para regular e garantir determinados deveres do Estado.

O que Schmitt desenvolve é a teoria do interesse específico do domínio, denominado como "político". O que concede ao Estado uma predominância, assim como as igrejas são predominantes na religião, e a sociedade é predominante na economia, o Estado seria predominante na política.

Em Schmitt, a compreensão do que é político pode ser exposto a partir da distinção entre amigo e inimigo, sendo que o inimigo será sempre o inimigo público e não um inimigo privado. De modo que, constitui-se um determinado limite e que se pode visualizar principalmente nos casos de guerra, quando acontecem as maiores demonstrações de inimizade, o que nos demonstra o sentido da essência política em Schmitt.

Nesse sentido, a concepção de essência política da Constituição para o filósofo, compreende-se como a tentativa de alcançar a unidade estatal, o que define o conteúdo do político, como oposição ao estrangeiro, e a preeminência do Estado, o que imbrica no nacionalismo radical, de extrema direita.

Entretanto, com os avanços da democracia liberal e a instituição de um parlamento assentado na Constituição, o governante do Estado tem novas formas de controle. Ao fim do século XIX, o Estado legislador (ou de Direito) representa para Schmitt o acabamento final da presença e dos efeitos da técnica sobre a lei. De modo que a racionalidade do Direito é realizada pelos representantes dos cidadãos, no parlamento e à luz das exigências formais do Direito. Dessa forma, ao representar os cidadãos, o parlamento é alçado à condição mais importante do Estado, o que acarreta ao debate político os diversos

interesses distintos dos grupos e classes sociais, que conseqüentemente descentraliza o monopólio do governante, levando à perda do “sentido do político”.

Nesse momento, ao contrário da antiga sujeição incondicional dos cidadãos ao Estado, que garantia a existência e manutenção do Estado, a sujeição dos cidadãos ao Estado se dispersam, nessa socialização do Estado. Sendo que os representantes vêm a público para usufruir do político e conseqüentemente disputar os interesses particulares, como em um jogo.

De modo que a tendência política moderna segue o ideal liberal, que limita a ação do Estado e ao mesmo tempo depende da Constituição (norma jurídica) para conferir a validade aos procedimentos, que são legitimados. É então a legalidade da lei, o Direito, como procedimento formal e racional que legitima. Dessa forma, a tendência do ideal liberal encontra na democracia a forma legítima de vida política, que através da Constituição, impede a concentração excessiva de poder do Estado e seu respectivo governante. Desse modo, a figura do governante aos poucos é questionada, reformulado e democratizado, proporcionando espaço às reivindicações sociais, que determinam uma nova relação de atuação do Estado.

5 Sentido jurídico

O filósofo Austro-Húngaro, Hans Kelsen (1881-1973), contemporâneo de Norberto Bobbio e influenciado por Immanuel Kant, Jeremy Bentham, David Hume e entre outros pensadores, defende o sentido jurídico para a essência da Constituição. Nesse sentido, exprime-se que a Constituição é “norma pura”, o mundo do “dever-ser”. Conforme as suas reflexões na obra: “Jurisdição constitucional” (KELSEN, 2007) e “Teoria pura do Direito” (KELSEN, 2006), podemos refletir a sua teoria de essência constitucional no seguinte sentido.

Kelsen formulou as bases da ciência do direito, excluindo do conceito de seu objeto, referências estranhas ao Direito, (como as de cunho sociológico e axiológico) que são os valores e princípios da sociedade. Considerando que são objeto de estudo de outros ramos da Ciência, tais como a Sociologia e a Filosofia.

A teoria da “norma pura” é vazia de conteúdo, sem qualquer essência expressiva ou representativa da força ou de pressupostos ideológicos. As normas se aplicam não por serem eficazes, mas válidas, porque derivam e se fundamentam, numa dimensão exclusivamente hierárquica e lógico-formal. Embora a Norma Fundamental adquira contornos teóricos mais amplo, em contraposição à Lassalle, Kelsen não a confunde com a própria Constituição, enquanto norma juridicamente superior. Sendo que a Norma Fundamental é um pressuposto que antecede a própria norma jurídica que dela deriva, mas dela não é parte.

Nesse sentido a norma jurídica é um todo pleno e corrente que corresponde a todos os problemas, não por ser eficaz, mas por ser válida e aplicável pelos tribunais. Desse modo, não há o que se discutir sobre a sua plenitude. Embora, para Lassalle a diferença histórica em que se encontrava de Kelsen, o formalismo jurídico, como conheceu, é apenas um instrumento para transformar os fatores escusos em lúcidos princípios, coerentes e herméticos.

Sendo assim, por meio de uma linguagem precisa e rígida de forma lógica, abstraiu do conceito do Direito a ideia de justiça. Pela razão de que a justiça estar relacionada aos valores éticos de determinada sociedade, que são variáveis e relativos a cada sociedade e evoluem ao longo do tempo, de acordo com os seus hábitos e costumes.

A concepção da "Teoria Pura do Direito", a ideia de um ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide, cuja norma mais importante, que subordina as demais normas jurídicas, de hierarquia inferior, é a denominada norma hipotética fundamental, da qual as demais retiram seu fundamento de validade.

Contudo, a norma hipotética fundamental deve ser pressuposta, porque não pode ser posta por uma autoridade, cuja sua competência deve ser fundamentada em uma norma ainda mais elevada, e assim, o fundamento da sua validade, não poderá ser posto em questão.

Kelsen formulou a Constituição da Áustria em 1920, e inovou às anteriores, introduzindo no Direito Positivo o conceito de controle concentrado da constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional ao cargo de um Tribunal Constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição.

Conforme exposto no capítulo anterior, o pensamento do sentido político para a essência constitucional em Schmitt, apenas após a Segunda Guerra Mundial que a teoria de Kelsen veio a triunfar, com o restabelecimento da democracia. Todavia, Kelsen seria criticado, no contexto norte-americano a partir dos anos de 1950. Quando começa um questionamento referente a neutralidade do ordenamento jurídico e do papel isento do judiciário, o problema da relação entre validade e legitimidade, suscitando-se a inclusão social e de extensão dos direitos. Dessa forma encaminha-se para o construtivismo judicial.

Diante desse quadro, ressurgiu o problema da justiça como justiça política. E o construtivo do judiciário norte-americano será estudado como um modelo de jurisdição constitucional e não apenas como um modelo de um tribunal constitucional político, que é defendido por Kelsen, controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, Kelsen explica que mesmo que a execução prática da lei deriva da decisão judicial, a validade da norma se sustenta sistematicamente no seu corpo teórico puro e essa decisão tem que ser vinculada ao estofa hierárquico, cujo fundamento último repousa na norma fundamental.

De modo que a decisão do juiz como ato político de interpretação autêntica da norma se enquadra nos limites estabelecidos pela última Constituição histórica. Porque essa Constituição institui as normas de direito positivo, o que marca o início da ordem jurídica vigente. Dessa forma, a supremacia constitucional advém dos conceitos de superioridade do Poder Constituinte, sobre as instituições jurídicas vigentes. Sendo assim, a supremacia hierárquica estabelece que as normas constitucionais representam o paradigma máximo de validade do ordenamento jurídico, de modo que todas as demais normas são hierarquicamente inferiores a ela.

6 Considerações finais

Conforme a discussão proposta neste trabalho, em certa medida, podemos perceber que o pensamento em Ferdinand Lassalle é no sentido de que a essência de uma Constituição é sociológica, no sentido que precisa representar de forma objetiva a realidade ética de determinada sociedade. Todavia, para Carl Schmitt a Constituição é no sentido político, a sua essência será deliberada pelo governante do Estado e sem o regramento do Direito. Entretanto, para Hans Kelsen a Constituição deve ter em sua essência um sentido normativo fundado na ciência do direito, o “dever-ser”.

Contudo, trazemos a crítica de Schmitt, em que não é aceitável um estado de coisas juridicamente ordenado sem antes conceber a própria ordem num sentido fundamental. A principal crítica à “Teoria pura do direito” por Schmitt em “Teologia Política” é a ordenação jurídica, que corresponde à emancipação da ciência da lei, cujo fundamento último é o da norma. Porque para Schmitt, a verdadeira teoria política, não pode aceitar que a ciência do direito se encerre nela mesma e que os resultados auferidos pela ciência do direito tenham um peso maior do que as decisões políticas.

Embora, podemos perceber que é necessário que uma Constituição seja o reflexo da ética de sua respectiva comunidade, para que não seja apenas um papel ideológico de normas que não refletem a ética de sua sociedade. Todavia, a Constituição é um documento político, que irá reger o Estado e sua nação. Entretanto, é necessário que se fundamente na norma jurídica, para que o Direito de as garantias e proteja as deliberações políticas das vontades da nação.

7 Referências bibliográficas

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10^a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 11^a ed. rev. e aum.- São Paulo: Editora Malheiros, 2018.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2^a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 5^a ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. – São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27^a ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5^a ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

SCHIMITT, Carl. *O conceito do político. – teoria do partisan*. - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

SCHIMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Tradução de Geraldo Luiz de Carvalho Neto. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

SCHIMITT, Carl. *Teologia política*. Tradução de Elisete Antoniuk. - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

AUDITORIA PÚBLICA - A IMPORTÂNCIA DA AUDITORIA NO SETOR PÚBLICO

LUCIANA LOBO DE MIRANDA:

Graduanda do Curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é fazer um estudo sobre a importância da auditoria no setor público. A gestão pública deve sempre ter como objetivo a busca da eficiência. Mesmo em caso de escassez de recursos e diversas necessidades levantadas pela sociedade, a gestão pública deve encontrar o equilíbrio e a melhor aplicabilidade do orçamento destinado aos diversos departamentos da administração pública. Embora seja difícil para a maioria dos funcionários do serviço público entender a auditoria como uma ferramenta útil, os resultados podem ser usados como técnicas de gestão para promover mais informações e garantir a transparência no desenvolvimento das atividades, melhorando assim a gestão de ativos. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, sendo realizada levantamento de autores de livros, artigos, dissertações acerca do tema.

Palavras-chaves: Setor Pública, Importância, Auditoria.

ABSTRACT: The objective of this work is to study the importance of auditing in the public sector. Public management must always aim to achieve efficiency. Even in case of scarcity of resources and diverse needs raised by society, public management must find the balance and the best applicability of the budget allocated to the various departments of public administration. Although it is difficult for most civil servants to understand auditing as a useful tool, the results can be used as management techniques to promote more information and ensure transparency in the development of activities, thus improving asset management. The methodology used was a bibliographic review, with a survey of authors of books, articles, and dissertations on the subject.

Keywords: Public Management, Importance, Audit.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. SUMÁRIO; 2. DA GESTÃO PÚBLICA; 2.1. Evolução da Gestão de Pessoas no Setor Público; 2.2. O contexto da gestão de pessoas; 2.3 A gestão de pessoas como um instrumento importante para as empresas; 3. DA AUDITORIA; 3.1. Auditoria na Gestão Pública; 4. A IMPORTÂNCIA DA AUDITORIA NO SETOR PÚBLICO. 5. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A auditoria pode ser utilizada como recurso na tomada de decisões para melhor aproveitamento dos recursos a serem aplicados e para transmitir aos gestores suas crenças e valores sobre a melhor obtenção de resultados com justiça. A despeito da modernização da tecnologia e da crescente abertura das relações culturais, econômicas e políticas, as

instituições e empresas continuam a sofrer com as más práticas administrativas hereditárias que minam as relações entre o Estado e a sociedade.

No Brasil, o processo de democratização acelera o movimento de compensação de seu impacto tardio: o movimento caminha na direção da construção de uma agência formal e confiável de gestão e controle dos recursos públicos - uma rede de instituições que controlam os recursos públicos. A sociedade aspira a operar instituições melhores. A gestão correta e eficaz dos recursos públicos é um tema cada vez mais contundente nos debates políticos atuais, especialmente no contexto financeiro, buscando fazer mais e melhor com menos recursos. A polêmica em torno da reforma tributária brasileira envolve a eficiência na utilização dos recursos, pois os serviços públicos devem ser atendidos de forma contínua e eficiente, e a arrecadação deve ser compatível com a responsabilidade nacional, apenas o uso eficiente dos recursos e a responsabilidade sucessória podem ser alcançados. Aliviar a carga de impostos pesados que afetam suas receitas e prejudicam o crescimento econômico de sua empresa.

Portanto, a auditoria no setor público traz benefícios para toda a sociedade, que podem ser obtidos com o uso mais eficaz dos recursos da gestão pública. Minimizar o custo associado aos serviços públicos gerados durante o período de carência do governo, reduzindo a pressão sobre os recursos, ou seja, a tributação.

O presente trabalho trata da discussão quanto a necessidade da auditoria na gestão pública, assim, estabelece-se o problema de pesquisa: Qual a importância da auditoria no setor público?. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica.

2. DA GESTÃO PÚBLICA

O termo “gestão” refere-se ao ato de gestão ou gestão de forma simplificada. Por sua vez, gestão significa planejar, organizar, dirigir e controlar a organização e realizar ações para atingir os objetivos traçados.

As principais funções de gestão incluem: a) definir metas futuras e determinar as metas a serem alcançadas (planos); identificar, analisar e resolver problemas; organizar e alocar recursos (materiais, financeiros, técnicos, etc.); cumprir as leis e regulamentos internos; negociação; comunicação, instruir e motivar pessoas (líderes); entrar em contato com fornecedores, clientes, entidades públicas, privadas e do terceiro setor e outros agentes econômicos e sociais; analisar informações e tomar decisões; medir e avaliar (controlar) sob a orientação de resultados) (OLIVEIRA, 2011).

No que diz respeito aos entes públicos, já existe um consenso mundial de que a gestão é o fator fundamental para melhorar a eficiência das ações governamentais e tem

grande impacto na população. É o movimento generalizado de reforma e modernização nacional em quase todos os países para formar um novo conceito de gestão pública.

A dimensão pessoal forma a base de todo o posicionamento da entidade. O objetivo é preparar os profissionais para promover uma mudança de mentalidade, desenvolver competências e alcançar a mais alta qualidade em todas as atividades realizadas, além de adaptá-los à convivência em um ambiente em constante mudança, criando assim uma espécie de promoção do desenvolvimento de capacidades. As expectativas da organização são as condições básicas para o fortalecimento da organização. Na dimensão estrutural, são consideradas as condições e regras físicas e organizacionais que criam a infraestrutura necessária ao funcionamento normal da organização. O principal objetivo desta ação é proporcionar condições para que atinja a estratégia e os objetivos estabelecidos (OLIVEIRA, 2011).

Sendo assim, a gestão precisa formular claramente seu plano estratégico desde o início.

2.1. Evolução da Gestão de Pessoas no Setor Público

É muito importante entender a história da gestão pública, aqui não tem que ser diferente, porque a gestão de pessoas sempre existiu. Segundo Tonelli, Lacombe e Caldas (apud BOOG; BOOG, 2002) define que as ações iniciais de gestão de recursos humanos foram realizadas pelo encarregado responsável pela contratação e dispensa de funcionários da fábrica. O autor também destacou que o trabalho escravo era quase dominante no Brasil naquela época.

De acordo com Mendes (1998), a Constituição de 1824 implantou no Brasil, ao mesmo tempo, em uma sociedade dominada por escravos, os direitos civis e políticos são acompanhados também pela herança da escravidão que carece de espírito crítico.

Na época, o Brasil era um típico hereditário liberal clássico. De acordo com Ferreira et al. (2007). Nesse modelo, as instituições do Estado quase desempenharam o papel de expansão do poder soberano em um estilo de gestão totalitária. Nesse modelo, a diferença entre a herança do ditador e a nacional não pode ser determinada. Por volta de 1930, as grandes organizações começaram a perceber a importância das relações interpessoais e passaram a integrar os indivíduos em seu trabalho, o que gradualmente substituiu as relações cada vez mais não interpessoais trazidas pela gestão científica. É a vinda do homem social (OLIVEIRA; MEDEIROS, 2011, pág. 17). Nesse ambiente, a indústria se desenvolveu, mas o movimento operário pela constituição de sindicatos também aumentou, o que deu origem às leis trabalhistas.

No setor público, esta década é de pesquisas e projetos, mas pouco conhecida. A partir da segunda metade da década de 1950, o projeto de desenvolvimento nacional, plano de metas do governo Juscelino Kubitschek, começou a ganhar corpo. Em seguida, iniciou-se a diversificação das instituições da administração pública indireta (fundações, autarquias etc.).

Portanto, em 1985, o governo adotou uma importante medida de reforma administrativa e criou o cargo de Ministro Especial de Assuntos Administrativos, que supervisionará o antigo DASP. Em seguida, o governo busca racionalizar a estrutura administrativa e formular políticas de recursos humanos. Essa política visa fortalecer os servidores públicos e atualizar o quadro de funcionários. Para tanto, foi criada a Secretaria de Administração Pública (SEDAP) e, por meio da nova Secretaria de Recursos Humanos e da Fundação Centro de Treinamento da Função Pública (FUNCEP), será promovido o desenvolvimento de pessoal do setor público. Com o novo plano de carreira, o “Estatuto do Funcionalismo Público” e o plano de vencimentos, outro objetivo é promover a avaliação de desempenho dos servidores públicos e institucionalizar o sistema de desempenho (MARCELINO, 2003).

Para Barzelay (2005) ressaltam que, em decorrência do aprendizado organizacional, dos ajustes políticos, do desenvolvimento tecnológico e das mudanças no ambiente interno de governo, as metas e o desempenho dos planos e projetos públicos estão em constante evolução. O autor acrescenta que daí surge a responsabilidade dos gestores públicos e dos representantes da cidadania em inovar e monitorar esses fatores, bem como as necessidades crescentes dos cidadãos.

Em relação a esses ajustes políticos, Vergara (2007) acredita-se que qualquer planejamento estratégico e correspondente gestão de pessoas no setor público são as maiores dificuldades e desafios. Com a entrada de cada novo gestor, crenças e processos estão mudando, o que dificulta a gestão estratégica de pessoas. Portanto, é necessário compreender o papel da administração pública e a participação dos gestores nessa função por meio do investimento e da capacitação dos servidores públicos.

No entanto, através do recrutamento e gestão de pessoal do setor público, surgiu uma posição muito controversa, a saber, o cargo de comissionado, mas é necessário entender brevemente o que é servidor.

2.2. O contexto da gestão de pessoas

Existem diferentes concepções acerca da definição de gestão de pessoas. Contudo, há consenso quando se apresenta o campo em que ele atua. Gestão de pessoas é um ramo interdisciplinar que aborda a Psicologia Organizacional e do Trabalho e que contempla

todas as ações empreendidas por uma organização, com o objetivo de integrar o colaborador no contexto da organização e aumentar sua produtividade.

Nessa definição de gestão de pessoas é imprescindível ter claro desde o início duas coisas: No que se refere à integração, não está se referindo somente ao momento em que o colaborador ingressa na empresa, mas sim a todo o período em que nela atuar.

Já sobre o termo produtividade, a definição indica que a contratação de novos profissionais se deve à necessidade de gerar maior produtividade e, conseqüentemente, maiores resultados para a empresa.

De acordo com Benedito Milioli preleciona que:

Gestão de pessoas pode ser definida como um conjunto de estratégias, técnicas e procedimentos focados na mobilização de talentos, potenciais, experiências e competências do quadro de colaboradores de uma organização, bem como a gestão e a operacionalização das normas internas e legais incidentes. (MILIOLI, 2002, p. 10)

Outro conceito mais contemporâneo de gestão de pessoas é voltado para aquilo que empresas tendem a adotar na prática ao gerenciar seus colaboradores, ou seja, esta área consistiria na capacidade de mobilizar as pessoas para o alcance dos objetivos da organização. O termo mobilizar representa todas as estratégias que visam a gerar: comprometimento; motivação; entusiasmo.

Ao destacar a importância das pessoas para as organizações, Davel e Vergara (2009) entendem que elas não fazem somente parte da vida produtiva das organizações. Afirmam que as pessoas constituem o princípio essencial de sua dinâmica, conferem vitalidade às atividades e aos processos, inovam, criam, recriam contextos e situações que podem levar a organização a posicionar-se de maneira competitiva, cooperativa e diferenciada com clientes, outras organizações e no ambiente de negócios em geral.

Por isso, a gestão que lida com pessoas torna-se atividade fundamental para a sobrevivência e o sucesso das organizações, as quais enfrentam cenários cada vez mais competitivamente turbulentos. Uma vez que no ambiente organizacional nada acontece sem as pessoas, cabe entender a definição de gestão de pessoas integrada aos conceitos de ambiente organizacional.

O contexto da gestão de pessoas é formado pelos colaboradores e pela organização. As pessoas passam boa parte de suas vidas trabalhando dentro de organizações e essas dependem destas mesmas pessoas para alcançarem os resultados almejados (planejamento estratégico).

Na Era Industrial, era o capitalista ou shareholder – o proprietário, acionista ou investidor do negócio. Portanto, de acordo com Chiavenato (2014, p. 10) preleciona que “a obrigação principal da empresa era sua responsabilidade financeira em relação a ele no sentido de promover o lucro e o retorno de seu investimento. Até hoje, esse parceiro não perdeu sua importância, mas perdeu pontos na comparação com outros stakeholders. As coisas mudaram no mundo dos negócios”.

2.3 A gestão de pessoas como um instrumento importante para as empresas

A gestão de pessoas é um dos instrumentos mais importantes dentro de uma empresa, uma vez que o papel da gestão de pessoas é de organização, planejamento e controle interno na empresa.

De acordo com Paula e Nogueira (2016, p. 7) “A área de gestão de pessoas é um processo de planejamento, organização, direção e controle de pessoas dentro da organização. Propiciando um desenvolvimento eficiente de pessoas, para que assim seja alcançado os objetivos organizacionais e individuais, concernentes direto ou indiretamente com a empresa”. Portanto, é nítido que o papel da gestão de pessoas nas empresas tem como fundamento a organização e desenvolvimento.

Então, conforme as indústrias iam evoluindo e se adaptando ao novo mundo globalizado, os profissionais de gestão de pessoas se adaptaram muito bem, como também a cada nova atualização se reinventavam, sendo assim, por meio dos principais processos da gestão de pessoas, assim deu origem a todo o processo.

Desta forma, segundo Paula e Nogueira (2016, p. 7) “providenciar para as empresas a organização de pessoas necessárias (provisão), empregar elas aos seus cargos e funções (aplicação), manter as pessoas trabalhando (manutenção), desenvolver as pessoas quanto as suas atribuições e funções (desenvolvimento) e controlá-las (monitoração)”. Ocorre que esses cinco processos estão ligados, contudo, são independentes na área de gestão de pessoas.

Consoante, com Bolgar (2002, p. 7) no que tange “a gestão de pessoas, a mesma deve localizar um sinal de equilíbrio conveniente, no qual os seus principais papéis dentro de uma organização deve funcionar adequadamente”.

Ainda de acordo com Bolgar (2002, p. 7) o autor preleciona que diz “a gestão de pessoas deve ter tempo, foco em estratégia ao longo prazo e operacional a curto prazo tudo isso simultaneamente, incluindo a administração de processos e a de pessoas tradicionais”.

Sendo assim, por meio deste ponto de vista que a gestão de pessoas deverá centralizar sua dedicação, principalmente nas metas e resultados a serem alcançados pela

empresa, desta forma essa mistura dará a empresa um sucesso de forma sustentada. De acordo com Paula e Nogueira (2016, p. 7) “para que uma empresa seja bem-sucedida, a organização não precisa somente em altos investimentos em tecnologias, ou instalações sofisticadas, estrutura organizacional bem definida e um planejamento estratégico, além de tudo isso, as empresas devem investir também na qualificação de profissionais bem preparados”. Para o autor uma empresa somente conhecerá a glória e crescer quando todos os setores dentro dela estiverem em harmonia, e, isso somente será possível, com a colaboração e total engajamento nesse desenvolvimento, por isso, é papel da empresa buscar para seus empregados um ambiente inspirador e inovador. O sucesso de uma empresa está além da qualidade ofertada aos seus clientes, é preciso que dentro das dependências de uma empresa existam funcionários satisfeitos e realizados em seu local de trabalho para que assim possam produzir de forma eficiente.

Sendo assim, uma organização empresarial que emprega pessoas, não deve somente se preocupar com a mão de obra de seus colaboradores, mas deve se preocupar muito além de seus funcionários, mas também, seus familiares. Portanto, o segredo para obter um ambiente de trabalho harmonioso e cheio de empatia, ou seja, é “tratar gente como gente”, uma empresa que enxerga seus funcionários como verdadeiros seres humanos, expressa muito sobre os valores básicos de como tratar as pessoas com respeito, oportunidade de crescimento, remuneração adequada e um pacote de benefícios adequados fazem a diferença. Desta forma, as empresas adquirindo essa estratégia, onde desempenham um papel fundamental, no qual deve mostrar não somente para os seus colaboradores e clientes, como também para outras organizações de como respeitar e valorizar seus colaboradores faz toda diferença.

Portanto, de acordo com Paula e Nogueira (2016, p. 8) preleciona que “a aspecto de qualidade de vida no ambiente de trabalho e a procura na excelência, a empresa deve buscar fazer com que o empregado veja a importância que o mesmo tem para a empresa, o empregado tem que se sentir importante”.

Então, uma empresa como o todo tem que enxergar que investir na qualidade de trabalho dos empregadores é um investimento e não um custo, almejando desafios na rotina dos colaboradores, fazendo que os colaboradores se sintam motivados a atingir as metas pessoais e da empresa.

3. DA AUDITORIA

A auditoria pode ser fundamentada como um processo de investigação sistemático, no qual as evidências são obtidas e analisadas, de forma a obter resultados de conformidade para as condições existentes.

Existem histórias que a auditoria existia antes mesmo do desenvolvimento comercial em nosso continente. De acordo com as notícias sobre a prática de auditoria de tecnologia, ela teve origem no Reino Unido. Esta versão se concentra no progresso da pesquisa limitada ao continente europeu e não foi unanimemente aceita por pesquisadores científicos contábeis. A origem da auditoria estaria vinculada à prática na fiscalização das receitas públicas e do tesouro que teria ocorrido nos primeiros anos do século XVI (SALLES, 2005).

De acordo Brandi e Simões (2007) o termo auditoria deriva do latim *audire*, que significa ouvir. Inicialmente, foi utilizada pelos ingleses (*auditing*) refere-se a um conjunto de procedimentos técnicos usados para revisar a contabilidade. Há evidências arqueológicas de que a inspeção e verificação de registros entre a família real URUKAGINE e o templo do sacerdote sumério data de mais de 4.500 anos antes de Cristo. Este grupo de autores acredita que o surgimento da auditoria estará mais relacionado ao fato de que, à medida que o mundo capitalista evolui, as empresas deixam de ser familiares e se tornam empresas. As exigências do mercado, o desenvolvimento econômico e a abertura do capital da empresa criaram a necessidade de refletir o patrimônio, a situação financeira e a lucratividade dos acionistas. Portanto, a auditoria desempenhou um papel na verificação da autenticidade do patrimônio líquido. Dados exibidos nos registros e informações contábeis da empresa.

Podem ser encontradas diferenças nos conceitos aplicados à auditoria, os quais derivam de aspectos específicos da entidade auditada. No entanto, uma revisão conjunta pode garantir que a auditoria seja uma revisão ou verificação de um determinado assunto para analisar se ela atende a certas regras, normas ou objetivos, e é realizada de acordo com certos princípios, métodos e técnicas, para que os profissionais, que é, os auditores podem comentar sobre os assuntos analisados (TEIXEIRA, 2006).

Ainda sobre o conceito de auditoria explana o autor Attie explica o conceito de auditoria em "auditoria é uma especialização contábil voltada a testar a eficiência e eficácia do controle patrimonial implantado com o objetivo de expressar uma opinião sobre determinado dado" (ATTIE, 1998).

O objetivo geral da auditoria é auxiliar a administração sobre o efetivo desempenho de suas funções, prestando-lhe análises, avaliações, sugestões e comentários sobre as atividades de auditoria. Segundo Sá (2003), o objetivo principal de uma auditoria é comprovar a legalidade ou ilegalidade dos fatos nos termos da lei, propor medidas que possam ser utilizadas para evitar a duplicação dos fatos no relatório e proporcionar melhorias administrativas contínuas. -O funcionamento da entidade.

De modo geral, o objetivo específico do trabalho de auditoria é informar a unidade auditada dos resultados da pesquisa por meio de comunicação escrita e diálogo aberto;

provar que o objetivo principal é melhorar o orçamento, finanças, economia e justiça da unidade auditada; solicitar a unidade auditada em forma escrita Opiniões dos administradores e críticas aos dados e informações constantes do relatório de auditoria.

Segundo Salles (2005), a classificação dos tipos de auditoria não é padronizada, mas pode ser dividida de acordo com as atividades e áreas de atuação. Quanto ao campo de atuação, a auditoria pode ser privada ou pública e é definida como:

- a) Auditoria Privada ou Empresarial - quando a execução da auditoria ocorrer no âmbito de interesses comerciais. É caracterizada pelo trabalho de auditoria realizado por entidades de direito privado, geralmente com fins lucrativos. As auditorias corporativas também podem ser realizadas em entidades paraestatais;
- b) Auditoria Pública ou Governamental - quando a auditoria é realizada no setor público. Caracteriza-se por um conjunto de tecnologias destinadas a avaliar a gestão pública através do processo de gestão e resultados, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito público e privado, e pelo enfrentamento de situações com padrões técnicos, operacionais ou jurídicos específicos.

Quanto à manifestação, a auditoria divide-se em auditoria interna e auditoria externa, conceituada como:

- a) Auditoria Interna - é entendido como as operações realizadas pelos colaboradores da própria organização. A equipe de auditores internos deve ser composta basicamente por profissionais bem treinados e totalmente familiarizados com a legislação relacionada às atividades da organização. A auditoria interna tem se mostrado uma excelente ferramenta de apoio à gestão, e gestores de grandes organizações públicas e privadas têm sido utilizados para melhorar a confiabilidade do sistema de controle interno por meio de sua avaliação permanente e subsequentes relatórios de tomada de decisão.
- b) Auditoria Externa - entende-se como o trabalho realizado por auditor independente, não funcionário da área administrativa, e não há restrição ou dependência dele. Realizado por profissionais independentes ou pessoal em contato com empresas profissionais, e realizar auditorias externas de forma totalmente imparcial, o que constitui uma garantia para o pessoal de gestão.

Basicamente, na realização de uma auditoria externa, o objetivo principal é expressar opiniões sobre os direitos e interesses da organização, situação financeira e resultados operacionais em determinado período. Por outro lado, a auditoria interna tem como foco a administração interna e o controle contábil, e geralmente busca aprimorar as capacidades de gestão e informação, melhorando assim a eficiência interna da empresa. Portanto, a auditoria interna é uma ferramenta de gestão.

O auditor público certificado também pode utilizar outras tecnologias que não as listadas de forma suplementar de acordo com a conveniência, de forma a obter um bom desenvolvimento e melhores resultados no trabalho de auditoria. Como ferramenta, os auditores utilizam documentos como formulários e arquivos que contêm informações sobre o assunto a ser auditado. Usando esses formulários e documentos, o revisor oficial de contas elabora um relatório de trabalho cobrindo todos os pontos-chave e expressa opiniões sobre todos os aspectos e departamentos da unidade ou empresa auditada e, por fim, expressa uma opinião para relatar claramente se a declaração auditada atende aos requisitos.

3.1. Auditoria na Gestão Pública

Como tema básico desta pesquisa, a auditoria governamental vale a pena refletir sobre sua prática.

A auditoria governamental tem como objetivo avaliar a gestão pública por meio de processos e resultados de gestão, e avaliar a aplicação de recursos públicos por entidades de direito público e privado em face de normas técnicas, operacionais ou jurídicas específicas. Além de enfatizar o impacto social e os benefícios decorrentes, também enfatiza os resultados esperados. Tem como objetivo básico comprovar a legitimidade e legitimidade dos atos e fatos administrativos, e avaliar os resultados obtidos, envolvendo a eficiência, eficácia e economia do orçamento, finanças, patrimônio, operações, contabilidade e gestão final das unidades e entidades da administração pública. E outros aspectos, em todas as suas esferas de governo e alçadas, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado quando legalmente autorizadas a esse respeito (SALLES, 2005).

Segundo Sá (2003), a obrigatoriedade da prática da auditoria governamental no Brasil estabeleceu-se pela Lei nº 4.728, de julho de 1965, mediante regulamentação governamental sobre o funcionamento do mercado financeiro. O auditor do setor público deverá em primeiro buscar a proteção do bem público, pois é um bem coletivo antes de pertencer à gestão governamental e, portanto, deve ser controlado por todos. Um ponto básico dos trabalhos de posicionamento perfeito é distinguir entre lucro e lucro social, pois nas empresas privadas os ativos são administrados tendo como objetivo o lucro, enquanto nos entes públicos a busca pelo bem-estar social também é considerada lucro.

A auditoria pública tem responsabilidade social acima de tudo, porque como um recurso de domínio público pertence à comunidade, e como resultado da tributação das pessoas, o seu serviço ou obra pública deve beneficiar toda a sociedade.

O resultado de uma auditoria governamental deve orientar os diretores e aproveitar ao máximo seu trabalho em benefício da área auditada e demais departamentos. A partir daí a utilização do trabalho de auditoria depende dos gestores públicos, que precisam estar atentos aos resultados apontados pelos auditores e corrigir possíveis lacunas em sua gestão.

4. A IMPORTÂNCIA DA AUDITORIA NO SETOR PÚBLICO

É constituído por um conjunto de procedimentos e técnicas, adequados para a revisão da regularidade, economia, eficiência, eficácia dos atos administrativos e factuais na prática da gestão do patrimônio público, e visa atingir os seguintes objetivos:

Comprovar a legalidade e legitimidade e avaliar os resultados, quanto à eficiência e eficácia da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nas unidades da administração direta e entidades supervisionadas da administração federal; observar o cumprimento dos princípios fundamentais de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle, pelos órgãos e entidades; examinar a observância da legislação federal específica e normas relacionadas; Avaliar a execução dos programas de governo, dos contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos de mesma origem; Avaliar o desempenho administrativo e operacional das unidades da administração direta e entidades supervisionadas; Verificar o controle e a utilização dos bens e valores sob uso e guarda dos administradores ou gestores; Examinar e avaliar as transferências e a aplicação dos recursos orçamentários e financeiros das unidades da administração direta e entidades supervisionadas; e Verificar e avaliar os sistemas de informações e a utilização dos recursos computacionais das unidades da administração direta e entidades supervisionadas (ALVES; REIS, 2016, p. 2).

A auditoria na gestão pública visa avaliar a gestão pública por meio do processo e dos resultados da gestão, não só visa corrigir desperdícios, impropriedades, negligências e omissões, mas também, principalmente, como medida preventiva de previsão desses eventos. A auditoria avalia inclusive os controles internos que possam existir no objeto auditado para verificar seu escopo e eficácia.

A auditoria é muitas vezes considerada uma ferramenta repressiva nas agências governamentais. É causada pela má compreensão da missão do auditor. Os funcionários públicos entendem as necessidades e benefícios que o desempenho dos auditores pode trazer. A cooperação de funcionários públicos pode maximizar os resultados da auditoria. Uma vez que o processo de auditoria deve expressar opiniões sobre as condições financeiras, contábeis e econômicas, uma auditoria geralmente traz benefícios não apenas para a administração ou para os clientes que utilizam seus serviços, mas também para todos no caso de auditorias públicas. Uma auditoria que busca utilizar recursos escassos para fins econômicos pode melhorar as condições de trabalho dos envolvidos no serviço público, orientar os recursos da organização e proporcionar condições de trabalho justas. Mas para atingir esse resultado, todos precisam trabalhar juntos para fazer com que o relatório final do trabalho de auditoria beneficie todas as partes interessadas.

A administração pública vem se desenvolvendo, principalmente após o processo de redemocratização do Brasil, o que tem ajudado o amadurecimento de gestores e servidores públicos e da sociedade. A auditoria faz parte desse processo porque a gestão pública se fortalece com a adoção de práticas voltadas ao combate ao desperdício, ao uso indevido de recursos públicos e ao desrespeito à questão pública. Os colaboradores devem participar desse processo e compreender a importância da gestão pública com qualidade, responsabilidade e cumprimento da legislação. De acordo com Salles, preleciona:

“Com base nessa ideia, é inaceitável que a auditoria seja considerada uma técnica de inspeção agora, porque essa visão é completamente distorcida e se desvia do verdadeiro objetivo que um plano de auditoria sério pode alcançar” (SALLES, 2005).

No mundo de hoje, a auditoria é essencial para fornecer informações aos administradores e, em um mundo em constante evolução e, portanto, em constante mudança, a demanda por informações está aumentando. Como evidencia Teixeira em sua obra:

“Diante de um futuro incerto, em um mundo em rápida mudança, as organizações devem continuar a observar o ambiente com maior concentração, analisar a evolução do mercado e identificar ameaças e oportunidades, diagnosticar condições internas e determinar seus próprios pontos fortes e fracos, e determinar seus objetivos estratégicos, estratégias e políticas globais e analisar sistematicamente seus resultados” (TEIXEIRA, 2006).

Para gestores públicos que têm a árdua tarefa de encontrar as melhores aplicações para recursos escassos no orçamento e sempre visando atender as necessidades da população, o máximo de informações possível sempre será bem-vindo. Portanto, tendo o

trabalho de auditoria em perspectiva, torna-se um aliado dos gestores públicos que entendem suas atribuições.

Na atualidade, com a desconfiança da sociedade nos serviços públicos e diversos casos que envolvem a mídia cotidiana sobre o abuso de recursos públicos, é necessário tomar medidas preventivas para fortalecer a gestão pública e a gestão do patrimônio. A solução para o problema de imagem de todo o setor público está na transparência. Assim, neste ponto, a auditoria mostrou-se uma ferramenta eficaz na gestão pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A auditoria desempenha um papel importante na realização de interesses comuns. Os auditores avaliam os resultados das políticas públicas prevenindo situações, garantindo os resultados sociais das ações governamentais e prevendo as condições sociais. O trabalho do auditor garante aos cidadãos o direito à boa gestão dos recursos públicos.

Como foco de pesquisa desta pesquisa, para os gestores, a auditoria é um importante meio auxiliar para o alcance dos objetivos estabelecidos. Na era da informação, os agentes públicos precisam de informações para gerenciar as máquinas públicas, a escassez de recursos e a grande demanda por serviços públicos são comuns. A auditoria desempenha a função de fornecer informações ao gestor público para que ele esteja pronto para atender com eficácia as principais necessidades da sociedade.

Gestores públicos justos e sérios que buscam uma melhor gestão também estão constantemente atentos ao uso correto dos recursos, e essa atenção é pertinente, pois a mídia continua divulgando casos de uso indevido de recursos obtidos da população pelo governo, e esses recursos deveriam ser utilizado para os seus fins. Permitir a transparência nas relações financeiras, contábeis e econômicas é outra função da auditoria, bem como outro aspecto da auditoria como ferramenta de gestão pública.

Desta forma, a auditoria é o alicerce da gestão pública, pois proporciona aos gestores melhores condições de gestão e garante que as pessoas apliquem os serviços com responsabilidade aos recursos públicos, proporcionando também tranquilidade aos gestores que utilizam a auditoria para garantir a melhor gestão e como utilizar os fundos públicos corretamente.

REFERÊNCIAS

BARZELAY, Michael. Gestão pública na prática. Entrevista. São Paulo, nº 6, 2005. Disponível em: fundap.sp.gov.br/revista6/paginas/6entrevista.htm>. Acesso em: 15/08/2021.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil: In Diário Oficial da União nº 191-A, de 5 de outubro de 1988.

FERREIRA, Márcio Reinaldo de Lucena; GOMES, Fabricio Pereira; BRANDÃO JÚNIOR, Roberto Dantas; ZAGO, Célia Cristina. Gestão de Pessoas no Setor Público: análise do processo de socialização de novos. www.ead.fea.usp.br/semead/10semead/sistema/resultado/trabalhosPDF/24.pdf. Acesso em: 20/08/2021.

OLIVEIRA, José Arimatés de Gestão de pessoas no setor público / José Arimatés de Oliveira, Maria da Penha. Machado de Medeiros. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES : UAB, 2011.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da Gestão Pública Brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, Edição Especial Comemorativa, 2007.

ATTIE, William. Auditoria – Conceitos e Aplicações. São Paulo, 3ª Ed., Editora Atlas, 1998.

BOCCHI. João Idelbrando, BORBA. Jason Tadeu, AGUERO. Pedro Hubertus Vivas. MACEDO. Zilton Luiz. Monografia para Economia.Ed. Saraiva. São Paulo.2004

BRANDI, Acácio Ferreira. SIMÕES, Luis Otávio. A importância da Auditoria Contábil. Revista Científica Eletrônica de Ciências Contábeis, Garça – SP, Vol. V, N. 10, out 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Instituições, Bom Estado e a Reforma da Gestão Pública. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador-BA, N.1, mar.-mai. 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. SPINK, Peter. Reforma do Estado e Administração pública gerencial. Rio de Janeiro, 7ª Ed., Editora FGV, 2005.

SÁ, José Augusto de. MAC - Manual de Auditoria e Controladoria Pública. São Paulo. IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2003.

SALLES, Robertha Frederico. O Controle interno e a Auditoria Governamental como Instrumento de Eficiência da Gestão Pública. Faculdade Educacional Machado Sobrinho. Juiz de Fora – MG, 2005.

SANTOS, Edilene Santana. CATELLI, Armando. Mensurando a criação de valor na administração pública. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, Vol. 38, N.3, mar.-jun., 2004.

SOUZA, Nali de Jesus. Desenvolvimento Econômico. São Paulo, 5ª Ed., Editora Atlas, 2005.

TEIXEIRA, Maria de Fátima. O Contributo da auditoria interna para uma gestão eficaz. Universidade Aberta, Coimbra, 2006.

TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. Estado, democracia e administração pública no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2004.

TESTAMENTO VITAL SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THAÍS EDUARDA DE OLIVEIRA:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP -
UNIFUNEC

EDUARDO CURY77

(orientador)

RESUMO: A vida é considerada o direito fundamental principal a ser tutelado e protegido, contudo, é necessário viver com dignidade, inclusive no momento da morte, surge então o testamento vital que se apresenta como instrumento para regular as vontades dos pacientes acometidos de doenças incuráveis e de terminalidade. A problemática a ser aprestada questiona a possibilidade de a autonomia ser preservada, se o paciente possui autonomia limitada para a aceitação ou recusa de determinados procedimentos e até qual momento médicos devem seguir tais disposições expressas. O presente trabalho possui o objetivo de discutir a garantia da dignidade, a relação médico-paciente e a viabilidade de inclusão do testamento vital na legislação. Com a lavratura do testamento vital o paciente possui a autonomia sobre sua vontade, uma vez que, encontra-se respaldada na Constituição Federal de 1988. O método aplicado para a realização da pesquisa refere-se ao qualitativo, o qual embasa-se no levantamento bibliográfico, através de legislações, doutrinas e artigos. Conclui-se que diante de terminalidade as vontades expressas pelo paciente serão seguidas pelos médicos, preservando a autonomia privada e o direito à morte digna, contudo, o testamento vital possui base legal para regular as disposições expressas pelo paciente.

Palavras-chave: Autonomia privada. Dignidade da pessoa humana. Conselho Federal de Medicina.

ABSTRACT: Life is considered the main fundamental right to be protected and protected, however, it is necessary to live with dignity, even at the moment of death, then the vital will appears as an instrument to regulate the will of patients suffering from incurable diseases and terminality. The problem to be addressed questions the possibility of the autonomy being preserved, if the patient has limited autonomy for the acceptance or refusal of certain procedures and until which moment doctors must follow such express provisions. This paper aims to discuss the guarantee of dignity, the doctor-patient relationship and the feasibility of including the living will in the legislation. With the drawing up of the living will, the patient has autonomy over his will, since it is supported by the Federal Constitution.

77 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP – UNIFUNEC

The method applied to carry out the research refers to the qualitative, which is based on the bibliographic survey, through legislation, doctrines and articles. It is concluded that in the face of terminality, the wishes expressed by the patient will be followed by doctors, preserving private autonomy and the right to a dignified death, however, the living will has a legal basis to regulate the dispositions expressed by the patient.

Keywords: Private autonomy. Dignity of human person. Federal Council of Medicine.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios da bioética. 3 Direitos fundamentais da pessoa humana. 4. A relação médico-paciente. 5. Testamento vital. 5.1. Aspecto material. 6. Testamento vital no brasil. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser apresentado cinge-se ao testamento vital, documento realizado em momento de pleno gozo das capacidades mentais afim de dispor sobre as pretensões futuras a serem seguidas quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos diante de incapacidade de se manifestar.

O conhecimento sobre o testamento vital se faz essencial, uma vez que possui o objetivo de assegurar a dignidade humana e a autonomia do paciente em consonância a preservação da integridade física, através desta disposição tratamentos fúteis e invasivos não serão executados devido à inexistência de auxílio à cura de pacientes em situações de terminalidade proporcionando o prolongamento da vida somente através de máquinas, o qual apenas irá retardar a morte causando dor e sofrimento ao paciente e familiares. O documento possui validade se no tempo da formulação do testamento o indivíduo encontrava-se em pleno gozo de suas capacidades civis e mentais, ressalta-se a possibilidade de revogação ou alteração a qualquer momento.

Perante as controvérsias do testamento vital destaca-se as seguintes problemáticas: há possibilidade de a autonomia do paciente diagnosticado com doença terminal ser preservada com respaldo no direito à vida e dignidade da pessoa humana? O paciente possui autonomia limitada quanto a determinação dos tratamentos a serem executados? Até qual momento médicos devem seguir tais disposições expressas?

A pesquisa possui o objetivo de discutir no plano jurídico brasileiro a garantia da dignidade humana nos tratamentos a serem executados em pacientes diagnosticados com doença incurável e terminalidade.

Discutir quais as limitações existentes na relação médico-paciente diante das diretivas antecipadas de vontade em conformidade ao Conselho Federal de Medicina, princípios bioéticos e jurídicos brasileiros e questionar quanto a possibilidade de inclusão do testamento vital na legislação pátria.

O método aplicado para a realização da pesquisa refere-se ao qualitativo, iniciando-se da análise das premissas gerais para assim apresentar as particularidades do tema abordado. Quanto aos objetivos, se enquadra a pesquisa exploratória devido a busca de informações e delimitação das problemáticas pertinentes acerca do testamento vital, o qual embasa-se no levantamento bibliográfico, através de legislações, doutrinas e artigos.

2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

A bioética advém do estudo das relações humanas no âmbito das ciências da vida e saúde, objetiva-se na imposição de condutas éticas em respeitar e zelar cada indivíduo, manter o equilíbrio sustentável do planeta e garantir a proteção de vida digna.

O primeiro documento a dispor sobre a bioética foi publicado em 1927 por Fritz Jahr, a partir de então iniciou-se as discussões acerca do tema. Em 1978 a "Comissão Nacional para Proteção de Sujeitos Humanos nas Pesquisas Biomédicas e Comportamentais" apresentou os três princípios basilares da bioética, sendo a autonomia, beneficência e justiça. No ano seguinte, Tom Beauchamp e James Childress publicaram a obra "*Principles of Biomedical Ethics*", com a qual foi incluído o princípio da não maleficência (AZEVEDO, 2010, p. 257).

A autonomia é a essência da bioética, pois é o elemento base para qualquer conduta lícita, em consonância à moralidade e respeito mútuo. Proporciona a proteção das vontades do indivíduo pelos profissionais da saúde, assim como seus princípios morais, éticos, convicções existenciais, crenças e de agir de modo independente, em razão deste instituto surge a manifestação de forma livre, consentida, embasada em conhecimento e sem coação externa (MABTUM, MARCHETTO, 2015).

O princípio da justiça refere-se à imparcialidade, igualdade e proporcionalidade na execução de tratamentos e distribuição de medicamentos entre os pacientes, ou seja, proporcionar à sociedade o conhecimento e resultado científico de forma equânime para a melhores condições de vida (MABTUM, MARCHETTO, 2015).

O princípio da beneficência possui o objetivo da busca pelo bem-estar físico e mental do paciente, visa executar procedimentos para a cura da enfermidade o qual encontra-se acometido, sendo vedado qualquer ato que possa lhe causar mal (MABTUM, MARCHETTO, 2015).

O princípio da não-maleficência regula a prática médica, o qual deve se abster de causar ou agravar a situação do indivíduo, necessário observar a prática que proporciona menor risco, quando não possuir diferenças nas práticas, deve-se impor o que irá causar menor sofrimento ao paciente (SOARES, PIÑEIRO, 2006).

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA

Na Constituição Federal se encontra intitulados os princípios: dignidade da pessoa humana, autonomia privada e a proibição de tratamento desumano. O texto constitucional reconhece o direito à vida desde que seja digna, e a autonomia privada do indivíduo, contudo, se manter em uma condição degradante onde é obrigado a aceitar tratamento infrutífero, é total afronta aos direitos fundamentais ora expostos. São esses princípios que proporcionam a interpretação necessária para a implementação e validação do testamento vital, o qual se deve respeitar e zelar as vontades da pessoa quando esta não mais puder exprimir em total lucidez. São princípios base da decisão a respeito de uma vida, todos os procedimentos e tratamentos que a ele serão executados para lhe proporcionar o melhor bem estar, um final de vida cauteloso quanto as crenças, convicções e moral do paciente.

A dignidade da pessoa diz respeito a condição humana de cada indivíduo, aufere o reconhecimento de direitos tutelados à pessoa, devendo ser respeitados pelos semelhantes e o Estado. Extingue-se a visão instrumentalizada da pessoa em ser considerada apenas um objeto, mas um ser dotado de personalidade e busca-se uma vida com qualidade, contudo, constitui em um atributo intrínseco ao ser humano sobre a autodeterminação quanto à existência.

A dignidade da pessoa humana não se refere apenas durante as fases de prazeres da vida, deve-se estar presente em todas as etapas modificativas de existência e deve ser respeitado os valores e vontades do indivíduo. Contudo observa-se o elo com a morte digna, o qual deve ser preservado os preceitos do paciente quanto sua autonomia e autodeterminação ante o fim da vida decidindo sobre o caminho até o término de forma natural de não ser exposto a procedimentos invasivos e infrutíferos, onde é certa e iminente a morte, uma vez que proporciona cuidados paliativos adequados para aliviar o sofrimento sem retardar o fenômeno natural. A morte digna não diz respeito à antecipação da vida, mas deve relacioná-la com a qualidade de vida sem a obstinação terapêutica. (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

O princípio da autonomia privada garante ao indivíduo o direito e a liberdade em se expressar quanto a própria vontade, ditar o que lhe convém ser uma vida boa, sendo livre para consentir ou recusar tratamentos médicos desde que em consonância à ordem pública e permeada pela dignidade humana. Busca-se evitar o paternalismo, o qual nega a liberdade do outro em se expressar e decidir o que é melhor para si, portanto, defende-se a autonomia de decidir sobre o próprio corpo, decisão livre e consentida (OLIVEIRA, 2017).

Não se trata de proporcionar ao indivíduo a livre e ampla liberdade, possui a finalidade de garantir o direito de conceituar o que lhe convém ser uma vida digna e ao final também ter uma boa morte, sem sofrimentos, prolongamento do tempo tendo uma vida em estado vegetativo, sem novas chances de reversão do quadro clínico, visa proporcionar a morte natural

e calma.

É constitucionalmente proibido qualquer tratamento desumano e degradante, proporcionar ao paciente o prolongamento da vida a qualquer custo, utilizar meios invasivos que não oferecerá resposta positiva à doença, um conjunto de ações que adoecem e causam sofrimento cada vez mais o paciente devido a persistência em o manter vivo, violando sua integridade e vontade através de tratamentos infrutíferos, sem ao menos respeitar a decisão do paciente e a própria dignidade humana.

O direito à vida é assegurado pela Constituição Federal, sendo este o início para a existência dos demais direitos intitulados em nosso ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, é necessária uma vida digna enquanto subsistir, sendo primordial requisito. Com o exposto no artigo 5º, III e 1º, III, não se faz presente apenas a discussão sobre a vida, mas engloba outros institutos para a manutenção ao longo da vida para que se possa viver com qualidade e dignidade. (BRASIL, 1988).

O direito da personalidade é intransmissível e irrenunciável, conforme encontra-se previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil, objetiva-se em assegurar a preservação da vida humana, limites de tratamento, preservação do corpo e regular a proteção dos direitos fundamentais, além de ser garantido pelo princípio da liberdade e intimidade, em consonância a autonomia privada sobre o direito de exercício do próprio corpo (BRASIL, 2002).

O artigo 15 do Código Civil regula assuntos pertinentes à autonomia do paciente sobre disposição do próprio corpo, livre de erro e coação. Independente das circunstâncias e os tratamentos disponíveis, somente poderá agir diante da autorização livre e esclarecida do paciente, desde que esteja ciente das alternativas propostas e as consequências que o aceite ou a recusa podem acarretar (GODINHO, 2012).

Para sanar a lacuna legal existente devido à ausência de regulamentação do testamento vital no ordenamento jurídico é necessário a interpretação dos princípios fundamentais para dispor de embasamento jurídico, a fim de tornar-se legal o referido documento, tutelar ao indivíduo proteção jurídica para a realização do ato e garantir o cumprimento das vontades declaradas quanto aos procedimentos a serem realizados quando não mais ser possível exprimir os próprios desejos, sendo amparado as decisões à respeito dos direitos existenciais.

4 A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O Código de Ética Médica de 2009 definia que era vedado “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”, portanto o médico era obrigado a realizar todos os meios

disponíveis para a cura do paciente via-se obstinação terapêutica como algo positivo, independentemente da vontade do indivíduo. Porém, atualmente o médico ao tomar decisões sobre o considerado melhor ao paciente é necessário considerar os desejos e vontade sobre os procedimentos a serem realizados, respeitando os limites éticos e legais, declarados através do testamento vital, tal manifestação deve ser esclarecida mediante a obrigação de proporcionar todas as informações relacionadas ao quadro clínico do paciente e os procedimentos que pretende ser realizado, observa-se que a autonomia de decisão não se encontra mais centralizada no médico, mas sim no paciente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2010, p. 38).

Na relação médico-paciente as decisões provenientes de diagnóstico e tratamento devem ser realizadas em conjunto, cabendo ao médico o dever de informação e ao paciente o direito de escolha, utilizando o testamento vital como meio de dar publicidade as vontades, onde o médico se encontra vinculado ao cumprimento das decisões declaradas, exceto por objeção de consciência, ou seja, o médico pode recusar a realizar determinados atos que se encontram contrários a sua consciência, neste caso deverá justificar a recusa, fundamentada em razões éticas, morais, religiosas ou de foro íntimo, a partir de então, o paciente será encaminhado a outro profissional a fim de ser cumprida as suas vontades.

5 TESTAMENTO VITAL

O instituto do testamento vital origina-se dos Estados Unidos cunhado por Luis Kutner a fim de regular os tratamentos a serem aplicados diante da incapacidade do paciente, o qual pode denominar-se como “[...] ‘a declaration determining the termination of life’, ‘testament permitting death’, ‘declaration for bodily autonomy’, ‘declaration for ending treatment’, ‘body trust’ [...]” (KUTNER, 1969, p. 551).⁷⁸

Perfaz necessário distinguir testamento civil e testamento vital a fim de distinguir os referidos termos. O testamento civil trata-se de um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável, aperfeiçoa-se com a autonomia privada, regula matéria de cunho patrimonial e extrapatrimonial e produz efeitos *post mortem*, ou seja, as declarações expressas pelo testador terão efeitos após sua morte, porém caso seja revogado, não terão mais efeitos, portanto considera-se tais disposições inválidas. Quanto ao testamento vital este dispõe acerca das vontades a serem seguidas por médicos ante o fim da vida, a fim de regular os procedimentos e tratamentos proporcionados aos pacientes terminais ou acometidos de doença incurável, sendo certo o resultado morte, uma vez que, não serão executados procedimentos fúteis, invasivos e que não proporcione a cura. (TARTUCE,

⁷⁸ “[...] ‘uma declaração determinando o término da vida’, ‘testamento permitindo a morte’, ‘declaração para autonomia corporal’, ‘declaração para o fim do tratamento’, ‘confiança corporal’ [...]”

2020).

O testamento possui natureza jurídica com a finalidade de resguardar as manifestações de vontade do indivíduo diante de terminalidade da vida quando não seja mais possível exprimir livremente seus desejos. Este documento deve ser realizado em momento de pleno gozo das faculdades mentais para ser considerado válido e eficaz. Com a lavratura do documento obtém-se o respaldo para a autodeterminação de escolha dos tratamentos a serem executados, sendo vedado o prolongamento da vida de forma dolorosa e desnecessária em situações diagnosticadas como irreversíveis e terminais, contudo, as manifestações expressas serão apresentadas à equipe médica para que sejam realizadas, porém atuarão em consonância ao Código de Ética Médica (LEAO, 2012).

Ambos os testamentos dizem respeito a negócio jurídico unilateral, personalíssimo, gratuito, revogável e possuem garantia assecuratória sobre as vontades de um indivíduo quando não mais for possível ser expressada, porém possuem efeitos distintos, testamento reporta-se ao *post mortem*, enquanto testamento vital dispõe sobre direito de personalidade e efeito *inter vivos*.

Surge a contraposição da definição de testamento disposto no Código Civil e a nomenclatura testamento vital, a origem desse instituto advém da tradução de living will, doutrinadores discutem sobre a errônea nomenclatura destinada a referir sobre as vontades expressas ainda em vida, afirma-se que o termo correto a ser utilizado “seria ‘desejos de vida’, ou ainda ‘disposições de vontade de vida’, expressão que também designa testamento” (DADALTO, 2020, p. 616).

O negócio jurídico em pauta não produz o efeito de abreviação da morte como ocorre nos institutos da eutanásia, distanásia e suicídio assistido, os quais interrompem e induzem o fim da vida e encontra-se expressamente vedado no ordenamento jurídico brasileiro a interrupção da vida e a ortotanásia, a qual é regulada pelo Conselho Federal de Medicina.

Eutanásia considera-se a provocação da morte diante de prognóstico de doença terminal ou incurável, através do pedido de familiares ou do próprio paciente, movido por piedade, terceiro pratica o ato ilícito afim de cessar a dor e o sofrimento através de procedimento médicos indolor. Ato ilícito perante o ordenamento jurídico brasileiro, de acordo com o Código Penal é considerado crime de homicídio doloso, podendo regular-se na forma privilegiada devido ao emprego do valor moral para a execução da ação e consequente violação do Código de Ética Médica (BRASIL, 1940).

Distanásia refere-se à execução demasiada de procedimentos médicos prolongando a vida a qualquer custo, observa-se que nesse instituto inexistente o objetivo de qualidade de vida, há utilização de tratamentos em que certos casos considera-se inútil devido ao

quadro clínico do paciente, proporcionando maior dor, angústia e uma morte lenta, pelo fato de não seguir o processo natural e biológico do ser humano, sendo aplicado por médicos a considerada obstinação terapêutica, possui a morte como uma inimiga e busca-se incontrolavelmente o objetivo de manter o paciente vivo ainda que haja a violação da dignidade do indivíduo.

O suicídio assistido para cessar a própria vida, ou seja, a busca direta e voluntariamente a morte utilizando-se do auxílio de terceiro para a prática do ato. O Código Penal não incrimina o suicídio devido as razões político-criminal como ao caráter repressivo da sanção penal contra cadáver – *mors omnia solvit* e ineficácia aplicação de pena como ameaça, porém quem presta auxílio sofrerá sanção penal conforme a redação das condutas previstas no artigo 122 do Código Pena (CAPEZ, 2020).

A ortotanásia opõe-se a distanásia, pelo fato de que esta possui o objetivo da boa morte, designada também como a morte no tempo certo ou morte natural, afasta-se procedimentos que visa o prolongamento da vida, aplica-se apenas cuidados paliativos a fim de amenizar superficialmente a dor e o sofrimento, porém os tratamentos considerados invasivos e fúteis não são executados por se tratar de uma morte iminente, atenta-se para a manifestação de vontade expressa do paciente. A ortotanásia encontra-se assegurada no Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1.995 de 2012.

No Brasil o testamento vital não possui lei específica, porém, concernente as Diretivas Antecipadas de Vontade há países que se encontra positivado, como os Estados Unidos, Finlândia, Holanda, Hungria, Bélgica, Espanha, Inglaterra, País de Gales, Alemanha, Portugal e Itália (DADALTO, 2020).

5.1 Aspecto material

Há requisitos a serem observados quanto ao aspecto material do testamento vital, para a formulação é necessário o indivíduo estar em pleno gozo das suas capacidades civis e plenamente consciente das suas vontades, será expresso todos procedimentos a serem recusados diante de doença incurável. Há um modelo de testamento vital a ser seguindo, conforme o Anexo A (DADALTO; TUPINAMBAS, 2013).

Perfaz necessário a nomeação de procurador e curador para decidir acerca de situações não expressas no testamento vital sobre o fim da vida, contudo, caso procurador e curador se encontrem impossibilitados de tomar tais decisões, o procurador e curador substituto assumirá as responsabilidades, portanto é imprescindível nomeação de ao menos dois procuradores e curadores substitutos. Não é permitido o procurador e curador revogar as decisões declaradas, estão aptos apenas a sanar dúvidas.

Deverá ser expresso o médico presente durante a realização do testamento vital, o

qual proporcionará todas as informações necessárias quanto as consequências da recusa de determinados procedimentos e os assuntos técnicos a serem declarados.

Quanto a revogação e alteração do documento, poderá ser realizada a qualquer tempo pelo testador, desde que se encontre em pleno gozo das capacidades civis e mentais.

6 TESTAMENTO VITAL NO BRASIL

O testamento vital não se encontra previsto na legislação brasileira, mas é reconhecido pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, a qual foi reconhecida a constitucionalidade pelo Poder Judiciário através da Ação Civil Pública n. 0001039-85.2013.4.01.3500, sendo legitimada com base nos princípios da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana e autonomia privada. (LIPPMANN, 2013).

O Código de Ética Médica, conforme redação do artigo 41, parágrafo único, assegura-se o respeito à vontade do paciente ou representante legal, em não o expor a tratamentos e ações diagnósticas inúteis, sendo executados somente cuidados paliativos necessários diante de caso de doença incurável ou terminalidade (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2018).

A autonomia dos pacientes acerca da escolha alternativa e recusa do tratamento a ser aplicado possui respaldo na Portaria do Ministério da Saúde MS/GM nº 1.820/2009, ressalta-se a garantia do conhecimento livre e esclarecido de procedimentos diagnósticos e possibilidade de nomeação de representante para tomada de decisões perante a incapacidade do paciente de dispor suas vontades (BRASIL, 2009).

A Resolução nº 1.805/2006 urge elucidar os procedimentos médicos a serem executados em momentos de terminalidade, conforme exposto:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006, não paginado).

Na I Jornada de Direito e Saúde o Conselho Nacional de Justiça (2014) editou o enunciado 37, a fim de regular as diretivas antecipadas de vontades quanto a tratamentos médicos, o qual estabelece a sua forma, devem ser realizados preferencialmente por escrito, através de instrumento particular, presente duas testemunhas ou público.

7 CONCLUSÃO

De acordo com os argumentos apresentados, o testamento vital encontra-se regulado na Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontades, sendo o testamento vital um dos meios de alternativas jurídicas afim de assegurar a preservação da autonomia do paciente perante o quadro clínico de terminalidade e doença incurável, respeitando a escolha quanto à recusa ou aceite dos tratamentos a serem aplicados, não mantem-se a vida por meios artificiais e visa-se a vida com qualidade.

O tema abordado possui relevância social por se tratar de um documento jurídico que possui o intuito de dispor sobre as vontades ante o fim da vida, proporcionando a autonomia de expressar suas vontades através de um documento a ser seguido por profissionais da saúde, afim de se evitar a violação do próprio corpo e vontades do paciente.

As disposições pertinentes ao testamento vital quanto à sua execução e implementação no ordenamento jurídico brasileiro encontram-se embasadas em princípios constitucionais e bioéticos, tais como a dignidade da pessoa humana, autonomia, à vida, justiça, beneficência e não maleficência, resolução do Conselho Federal de Medicina e portaria do Conselho Nacional de Justiça, este último dispõe quanto a forma do testamento. Perfaz pertinente a possível execução do negócio jurídico em pauta conforme experiências estrangeiras.

No âmbito jurídico a Constituição Federal assegura o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, à liberdade e autonomia, institutos que atuam na esfera existencial. Contudo, no caso discutido releva-se as vontades expressas dos pacientes, os quais recusam-se a exposição de tratamentos desumanos a serem executados quando não mais puderem manifestarem-se, porém a autonomia dos pacientes encontra-se limitada, pois suas escolhas não podem violar o Código de Ética Médica, princípios e o ordenamento jurídico. Os pacientes apenas podem recusar os procedimentos considerados invasivos e fúteis, quanto ao tratamento paliativo, este não pode ser recusado devido a finalidade de alívio ao sofrimento causado pela doença que o paciente encontra diagnosticado.

A declaração antecipada de vontade do paciente será levada em consideração frente a atuação dos médicos e sua dignidade será preservada, porém estas poderão ser recusadas se entrarem em desacordo com o Código de Ética Médica, uma vez que, as práticas médicas devem estar em conformidade as normas editas pelo Conselho Federal de Medicina, sendo necessário o uso dos conhecimentos e aplicação de procedimentos disponíveis para estabilizar a saúde do paciente e quando não mais possível, tratamentos paliativos serão executados.

Destarte, mesmo diante da lacuna de norma o testamento vital possui legitimidade no Brasil, pois suas premissas não violam normas e possui respaldo conforme disposições expressas na resolução do Conselho Federal de Medicina, princípios da bioética, Portaria 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, Código Civil, direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, porém regular o testamento vital em norma específica proporcionará à legislação brasileira uma segurança jurídica quanto à execução deste instituto.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Maria Alice da Silva. Origens da Bioética. **Nascer e Crescer**, v. 19, n. 4, p. 255-259, 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/nas/v19n4/v19n4a05.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código penal**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Nº 1.820, de 13 de agosto de 2009. Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. **Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil**, v. 146, n. 155, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte especial arts. 121 a 212. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 2.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução CFM nº 2.217**, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805 de 28 de novembro de 2006. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=169&data=28/11/2006>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995, de 31 de agosto de 2012.** Diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. 2012. Disponível: <<http://portal.cfm.org.br/ind>

[ex.php?option=com_normas&tipo%5B%5D=R&uf=&numero=1995&ano=2012&assunto=&texto=>](http://portal.cfm.org.br/ind). Acesso em: 26 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.931 de 17 de setembro de 2009.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/imag>

[es/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf](https://portal.cfm.org.br/imag)>. Acesso em: 24 abril 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciado nº 37**, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacion>

[al-da-saude/>](https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude-3/i-jornada-do-forum-nacion). Acesso em: 29 ago. 2020.

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital**. 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

DADALTO, Luciana; TUPINAMBAS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro. **Rev. Bioét.**, Brasília, v. 21, n. 3, pág. 463-476, dezembro de 2013. Disponível em < https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/855/926>. Acesso em: 02 abril 2021.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: <<https://www.academia.ed>

[u/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro](https://www.academia.ed)>. Acesso em: 1 ago. 2020.

KUTNER, Luiz. **Due process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal**. Indiana Law Journal, v. 44, 1969.

LEAO, Sergio Franco. **Testamento Vital: uma alternativa do Direito para uma morte digna**. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2012. Disponível em: <<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle>

[/tede/2637#preview-link0](http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/handle)>. Acesso em: 18 ago. 2020.

LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**. São Paulo: Matrix, 2013.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. 1. ed. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 149**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde. Disponível em: <[https://www25.senado.leg.br/web/ativ](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773)

[idade/materias/-/materia/132773](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773)>. Acesso 23 abril 2020.

SOARES, André Marcelo Machado; PIÑEIRO, Walter Esteves. **Bioética e biodireito: uma introdução**. Edições Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Adriana Rosa de. Testamento Vital e as Diretivas Antecipadas de Vontade: Direito de Morrer com Dignidade. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº**, v. 63, p. 19, 2017. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/211930056.pdf>>. Acesso em 26 abril 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

ANEXO A – MODELO DE TESTAMENTO VITAL

Eu, _____ (nome completo),

_____ (nacionalidade), _____ (estado civil), _____ (data de nascimento), _____ (profissão), _____ (CPF), _____

(endereço completo), _____,

venho, de livre e espontânea vontade, no pleno gozo das minhas capacidades civis, respaldado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da autonomia (princípio implícito no art. 5º), bem como a proibição de tratamento desumano (art. 5º III), e pelo art. 15 do Código Civil brasileiro, expressar as instruções que devem ser levadas em consideração sobre meus cuidados médicos quando, por diferentes circunstâncias derivadas de

um quadro irreversível de minha saúde física e/ou psíquica, eu não possa manifestar minha vontade:

I – VALORES E DESEJOS

Eu quero que todos saibam sobre meus valores e meus desejos, especialmente sobre o que é mais importante para mim durante a última parte da minha vida:

II – DECISÕES SOBRE O FIM DA VIDA

II.1 Caso dois médicos entendam que padeço de uma doença terminal, incurável e irreversível, e que, portanto, não tenho nenhuma perspectiva de cura ou de melhora, manifesto aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar caso meu coração pare de bater e eu pare de respirar;
- b) Respiração artificial;
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos;
- d) Diálise;
- e) Quimioterapia;
- f) Radioterapia;
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor;
- h) Exames invasivos;
- i) Antibióticos;
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em graus avançados de doenças terminais o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto;
- k) Outros: _____

II.2 Caso dois médicos entendam que padeço de uma demência em estado avançado e irreversível ou de uma enfermidade degenerativa do sistema nervoso ou muscular, em fase avançada e irreversível, nas quais eu não esteja mais vivendo com qualidade, entendido aqui

qualidade de vida como _____

_____, manifesto

aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar caso meu coração pare de bater e eu pare de respirar;
- b) Respiração artificial;
- c) Grandes procedimentos cirúrgicos;

- d) Diálise;
- e) Quimioterapia;
- f) Radioterapia;
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor;
- h) Exames invasivos;
- i) Antibióticos;
- j) Nutrição e hidratação artificiais, pois reconheço que a Medicina já comprovou que em graus avançados de demências irreversíveis o paciente não sente fome nem sede e, mais, muitas vezes estes procedimentos podem trazer mais desconforto;

k) Outros: _____

II.3 Caso dois médicos diagnostiquem que estou em estado vegetativo persistente, condição que a Medicina tem uma grande certeza de irreversibilidade, manifesto aqui os procedimentos e medicamentos aos quais não desejo que sejam administrados ou realizados:

- a) Ressuscitação cardiopulmonar, entendida como a abstenção da equipe de saúde em me reanimar caso meu coração pare de bater e eu pare de respirar;
- b) Respiração artificial;

- c) Grandes procedimentos cirúrgicos;
- d) Diálise;
- e) Quimioterapia;
- f) Radioterapia;
- g) Pequenas cirurgias que não servirão para me dar conforto ou aliviar minha dor;
- h) Exames invasivos;
- i) Antibióticos;
- j) Nutrição e hidratação artificiais, mesmo sabendo que no estado vegetativo persistente a não admissão de nutrição e hidratação provocará a minha morte;

k) Outros: _____

III – PROCURADOR PARA CUIDADOS DE SAÚDE NO FIM DA VIDA

III.1 Caso, no momento em que for constatada alguma das três situações clínicas acima expressadas, seja necessário decidir acerca de situações não expressadas por mim em minhas decisões sobre o fim da vida, nomeio:

Nome: _____

CPF: _____

Endereço completo: _____

Telefones de contato: _____

Opcional: Se esta pessoa, no momento em que for procurada, não for localizada ou estiver incapacitada de tomar decisões, eu designo um procurador substituto, que terá os mesmos poderes do procurador principal:

Nome: _____

CPF: _____

Endereço completo: _____

Telefones de contato: _____

Opcional: Se esta pessoa, no momento em que for procurada, também não for localizada ou estiver incapacitada de tomar decisões, eu designo outro procurador substituto, que terá os mesmos poderes do procurador principal e do primeiro substituto:

Nome: _____

CPF: _____

Endereço completo: _____

Telefones de contato: _____

II.2 Meus procuradores não podem revogar minha vontade aqui manifestada. Devem apenas sanar dúvidas que porventura existirem e tomar qualquer decisão

relativa à suspensão de esforço terapêutico, não explicitadas neste documento, exceto as seguintes:

IV – OUTRAS DISPOSIÇÕES

IV.1 Manifesto expressamente meu desejo de que sejam realizados todos e quaisquer procedimentos cuja finalidade seja, exclusivamente, prover meu conforto e amenizar minha dor e/ou angústia, garantindo um final digno de vida, mesmo quando tais procedimentos possam prolongar minha vida.

IV.2 Não desejo a realização de nenhum procedimento para tirar minha vida, desejo apenas que ela não seja desarrazoadamente prolongada.

IV.3 Se eu estiver grávida, essa diretiva antecipada ficará suspensa até o final da gravidez.

IV.4 Tenho plena consciência que este documento vincula meus familiares, meus amigos e a equipe de saúde, que devem seguir todas as disposições aqui inscritas.

IV.5 Desejo que, diante da irreversibilidade do quadro médico, eu seja levado para minha casa a fim de que desfrute dos últimos momentos de vida junto com a minha família e no meu lar.

V – DIRETRIZES PARA A EQUIPE DE SAÚDE QUE ME ATENDERÁ

V.1 Durante a feitura deste documento fui orientado pelo meu médico de confiança, Dr. _____

_____, portador do CRM nº _____, que me instruiu acerca dos termos técnicos aqui escritos, bem como das consequências de todos os procedimentos aos quais estou me recusando.

V. 2 Esse documento autoriza a suspensão ou não realização de procedimentos apenas quando dois médicos atestarem a irreversibilidade da condição de terminalidade, de demência avançada ou de estado vegetativo.

V.3 Este documento foi feito por uma pessoa em pleno gozo de sua capacidade civil que, de acordo com as leis brasileiras e a Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina, tem a faculdade de recusar procedimentos médicos que tenham a finalidade apenas de prolongar a vida biológica, sem garantir-lhe qualidade de vida.

V.4 Se algum membro da equipe se utilizar de seu direito à objeção de consciência e, portanto, não puder cumprir as disposições aqui previstas por razão moral ou religiosa, vocês devem me encaminhar para outro profissional a fim de que minha vontade seja cumprida.

VI – REVOGAÇÃO

Tenho ciência de que posso revogar essa diretiva antecipada de vontade a qualquer tempo, fazendo uma nova diretiva ou apenas uma declaração de vontade revocatória. Em ambos os casos, posso revogar minhas decisões sobre o fim de vida e/ou a nomeação do(s) procurador(es) para cuidados de saúde no fim de vida.

Cidade, data completa

Assinatura do outorgante

Assinatura do procurador principal

Assinatura do procurador substituto 1

Assinatura do procurador substituto

A RESPONSABILIDADE PELA AUSÊNCIA DA QUALIDADE DO PRODUTO NA RELAÇÃO DE CONSUMO NO CONTEXTO SOCIAL

REINALDO GOMES DE MIRANDA:
Graduando do curso de Direito no Centro
Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é investigar por qual motivo quase não se é cobrado a responsabilidade pela ausência da qualidade do produto na relação de consumo no contexto social. A responsabilidade civil, nas relações de consumo, atrai nossa atenção e justifica nossas reflexões. É direito que visa proteger os consumidores hipossuficientes, via de regra, diante do fornecedor sendo ele empresário e também prestador de serviços, sendo o consumidor o elo mais fraco da relação contratual, onde este é merecedor da intervenção e proteção do Estado. No qual será evidenciado de modo bem breve do que se trata a responsabilidade civil nas relações de consumo após a origem do Código de Defesa do Consumidor e a sua relevância perante a sociedade consumerista. Observa-se, desse modo, que o direito do consumidor teve origem nas osciladas das relações de consumo, portanto, para que houvesse equilíbrio na vulnerabilidade do consumidor em confronto com o fornecedor. A metodologia utilizada foi a de revisão bibliográfica, com levantamento de doutrinas, artigos, dissertações acerca do tema.

Palavras-chaves: Responsabilidade Civil; Ausência, Qualidade do Produto.

ABSTRACT: The objective of this work is to investigate why responsibility for the absence of product quality in the consumption relationship in the social context is hardly charged. Civil liability, in consumer relations, attracts our attention and justifies our reflections. It is a right that aims to protect low-sufficient consumers, as a rule, against the supplier being a businessman and also a service provider, with the consumer being the weakest link in the contractual relationship, where this is deserving of State intervention and protection. In which it will be shown very briefly what civil liability in consumer relations is about after the origin of the Consumer Defense Code and its relevance to the consumer society. Thus, it is observed that the consumer's right originated in the oscillations of consumer relations, therefore, so that there was a balance in the consumer's vulnerability in relation to the supplier. The methodology used was a bibliographic review, with a survey of doctrines, articles, and dissertations on the subject.

Keywords: Civil Liability; Absence, Product Quality.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil, nas relações de consumo, atrai nossa atenção e justifica nossas reflexões. É direito que visa proteger os consumidores hipossuficientes, via de regra,

diante do fornecedor (empresário e prestador de serviços), elo mais fraco da relação comercial, merecedor da intervenção do Estado. No Brasil, diz Leonardo Rescoe Bessa, a relevância da defesa do destinatário final de produtos e serviços pode ser notada a partir da Lei Fundamental. A Constituição Federal de 1988 referiu-se à proteção jurídica do consumidor em três oportunidades. O princípio da defesa do consumidor pelo Estado inclui-se entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXXII). Em outro tópico, como um dos princípios gerais da atividade econômica, indicou-se a defesa do consumidor (art. 170, V). Além disso, nos termos do art. 48 das disposições constitucionais transitórias, restou estabelecido que o Congresso Nacional deveria, no prazo máximo de 120 dias, após a promulgação da Constituição, elaborar código de defesa do consumidor.

Indubitável é que os direitos fundamentais não mais se resumem a direitos de defesa contra a interferência estatal na esfera jurídica particular. Sabe-se, atualmente, que eles também conferem aos particulares direitos de proteção, direitos à organização e ao procedimento e direitos a prestações sociais³. Mais do que isso a doutrina reconhece que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais. É sua missão proteger os cidadãos nos seus interesses subjetivos. Deve prestar proteção nos aspectos normativos: administrativo jurisdicional. O art. 5º, XXXII, da Constituição Federal deu ao direito do consumidor o status de direito fundamental⁴, afirmando expressamente que o Estado promoverá, na forma da lei, a sua defesa. Lembra-nos, Luiz Guilherme Marinoni que, em razão do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, editou-se o Código de Defesa do Consumidor⁵. A defesa do consumidor não é um princípio de ordenação econômica (art. 170, V) mas sim a ênfase da necessidade de protegê-lo contra abusos de direitos. Liga-se este princípio à norma do art. 5º, XXXII, que outorga ao Estado a missão de defendê-lo. Como o Código de Defesa do Consumidor confere proteção diferenciada ao consumidor, nos mais diversos aspectos, forçoso é, antes de análise específica da responsabilidade civil, tecermos breves considerações relativas ao campo de incidência desse diploma legal.

A Lei Consumerista não define, mas conceitua os termos: consumidor e fornecedor, produto e serviço. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (art. 3º, § 1º). Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (art. 3º, § 2º). A abrangência do Código de Defesa de Consumidor está adstrita às relações negociais, das quais participam, necessariamente, consumidor e fornecedor, incidindo-se sobre produtos e serviços, estes os últimos não-gratuitos e de caráter não-trabalhista. Não há pretensão, com a deliberação da área de estudo, esgotarmos o tema. O objetivo maior é trazer à discussão a questão, que reputamos uma das mais importantes em uma sociedade de produção e de consumo em massa, procurando dar ênfase à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ao tempo em que demonstraremos que esse direito é de índole constitucional, catalogado no

rol dos Direitos Fundamentais, objeto de uma proteção maior do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, como vivemos em uma sociedade de produção massificada (produção em série), considera-se relação de consumo, toda e qualquer relação jurídica onde se puder identificar em um dos polos o consumidor, e do outro, o fornecedor habitual, ambos transacionando produtos e serviços. Por que quase não se é cobrado a responsabilidade pela ausência da qualidade do produto na relação de consumo? Tendo como hipóteses, o consumidor não exigia qualidade do produto por falta de conhecimento do direito como consumidor; O consumidor na hora da compra não exige a nota fiscal até por que o produto está em promoção; No Brasil, existe a cultura do deixa para lá, não vai dar em nada mesmo, esse é o pensamento de quem é ludibriado na compra de produto que após a compra não tem qualidade.

Tem como objetivo investigar o por que quase não se é cobrado a responsabilidade pela ausência da qualidade do produto na relação de consumo no contexto social. Sendo usada como metodologia a revisão bibliográfica.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE PRODUTOS E SERVIÇOS

Objetivamente, o CDC dividiu os objetos das relações de consumo em duas categorias: serviços, que abrangem as atividades remuneradas prestadas no mercado de consumo, e produtos correspondentes a outras mercadorias em circulação. Em conformidade com o art. 3º, §1º do CDC, "Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial." O legislador preferiu adotar a expressão produto a bens, a qual já era comumente utilizada pelo Direito Civil.

Segundo o autor Nascimento:

Ao conceito de produto, interessa saber que é um bem com determinado conteúdo finalístico. É um bem porque, no sentido genérico, tem aptidão para satisfazer necessidades humanas e, mais do que isto, tem valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica entre pessoas (NASCIMENTO, 1991, p. 23).

Dessa forma, qualquer bem de apropriação que tenha valor econômico, destinado a satisfazer uma necessidade do consumidor, é considerado produto nos termos do CDC. O art. 3º, §2º do Código de Defesa do Consumidor conceitua serviço como sendo: "qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista" (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

A expressão “utilizado para compensação” deve ser totalmente compreendida, pois pode ser feita direta ou indiretamente pelos consumidores. Normalmente, os produtos ou serviços são fornecidos aos consumidores gratuitamente, mas seus custos inerentes são incluídos em outros pagamentos. É o que acontece no estacionamento “gratuito” do supermercado, e também são disponibilizados rádios automotivos com instalação “gratuita”. Essas duas situações são características de recompensas indiretas e estão incluídas na conexão de consumo (LEITE, 2014, online)

Porém, mesmo com essa enorme amplitude dada pelo CDC ao significado de consumidor, os bancos passaram a defender a ideia de que o referido diploma não se aplicava a eles. Segundo as instituições financeiras, além de prejudicar o Sistema Financeiro Nacional, o CDC era inconstitucional, já que, segundo tal grupo, a competência para tratar dessa matéria era de lei complementar, e o CDC foi aprovado como lei ordinária (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, p.155-188, 2017).

2.2. Princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor

O Código de defesa do consumidor, assim como as demais áreas do direito, possui princípios caracterizam a sua aplicação e interpretação, servindo como pilar para aplicação da lei dos casos concretos. São esses princípios que dão sentido para norma da lei, não são simplesmente taxativos, mas exemplificativos esgotando a expressamente a menção da lei, princípios que consagram o Direito do Consumidor.

2.2.1. Princípio da isonomia ou da vulnerabilidade do consumidor

A fragilidade econômica pode ser entendida como uma comparação entre um fornecedor com forte poder econômico e um consumidor comprometido. Porém, vulnerabilidade tecnológica refere-se à falta de conhecimento, tecnologia e subsídios específicos de produtos / serviços, relacionados às suas características e até mesmo utilidade. Além disso, as vulnerabilidades jurídicas / científicas refletem dificuldades em compreender as dificuldades jurídicas, econômicas e contábeis dos consumidores (VIZEU, 2019, online).

2.2.2. Princípio da informação/transparência

Segundo com Vizeu (2019, online) “é pautado na confiança, que os produtos/serviços precisam ser precisos e sem duplas interpretações, o consumidor tem o dever de receber a informação adequada, eficiente e precisa sobre o produto ou serviço, inclusive de suas especificações de forma correta e dos riscos que podem apresentar”. Por exemplo, no caso da garantia, é necessário haver transparência em todas as etapas da relação de consumo, ou seja, na publicidade e na publicidade, na execução do contrato e mesmo após a celebração do contrato. Além disso, os termos contratuais que questionam

os termos de uso são sempre interpretados como benéficos para os consumidores, e a inércia do consumidor não inclui a aceitação, o que torna os termos inválidos, nos moldes do artigo art. 51, IV, do CDC.

Portanto, o fornecedor é obrigado a fornecer informações sobre o produto / serviço que incluam os direitos do consumidor nos termos do artigo 20 do CDC, e ainda a cumprir a oferta, e arcar com a pena pelo descumprimento da informação “enganosa”, nos moldes do artigo 35 do CDC.

2.2.3 Princípio da boa-fé objetiva

Para haver a confiança recíproca entre os contratantes, necessário também se faz a presença da boa-fé objetiva. De acordo com Souza (2005, online) O CDC se propõe a revitalizar um princípio jurídico geral, o princípio da objetividade e honestidade, que incorpora o valor ético dos contratantes que operam de maneiras diferentes em todos os momentos do contrato, desde a negociação, e a autenticidade e correção dos contratantes até a execução. Este princípio está estipulado no artigo 4, inc. III do CDC, acrescentando que ambas as partes devem agir com respeito, sinceridade e honestidade, e não prejudicar uma à outra. Pode-se analisar que o princípio da boa-fé é “como conceito nuclear, fundamental ou essencial, relacionado diretamente com valores éticos” (COUTO E SILVA, 2006, p. 186).

Sendo assim, no que tange ao princípio da boa-fé visa estabelecer relações de consumo corretas e honestas e coordenar os interesses de ambas as partes. A boa-fé está aqui como um princípio orientador para a interpretação, não como uma cláusula geral definida pelo código de conduta. Exprime um requisito básico, é o fundamento de uma sociedade organizada e tem como função sistematizar outras normas vigentes e orientar a sua aplicação. (PALUDO, 2005, p.7). É a referência para a interpretação e implementação do “Código”, porque se não for pela ênfase contínua na sua importância, não há idealização de uma sociedade organizada com base na intenção maliciosa, sendo até certo ponto dispensável.

3. RELAÇÃO DE CONSUMO

Inicialmente, para analisarmos a questão do dano moral nas relações de consumo, devem-se entender quais são os elementos que configuram uma relação jurídica de consumo, identificando quem é consumidor e quem é fornecedor, o que é produto e serviço, e quais os princípios que norteiam essas relações consumeristas.

Para o doutrinador Luis Antonio Rizzato Nunes, preleciona que:

[...] haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro, o

fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços (NUNES, 2012, p. 120).

Portanto, como bem explicado pelo doutrinador, a relação jurídica de consumo é caracterizada quando ocorre uma relação entre consumidor e fornecedor, o qual se torna fundamental para o direito consumerista, pois, é onde este fornece um produto ou presta um serviço especializado, para suprir a necessidade do consumidor, visto como parte vulnerável desta relação, tendo em vista, que este não possui o produto ou não dispõe de conhecimentos técnicos para realizar tal serviço buscado por ele no mercado.

É importante ressaltar, que só haverá incidência do Código Consumerista, quando existir a figura do fornecedor (empresário ou profissional), caracterizando uma relação em que os polos estão em pé de desigualdade, como bem assevera a doutrinadora Cláudia Lima Marques:

O campo de aplicação do CDC ou a relação de consumo (contratual ou extracontratual) é sempre entre um consumidor e um fornecedor, é um campo de aplicação relacional. Neste sentido, podemos afirmar que o próprio conceito de consumidor é um conceito relacional, conceito pensado constitucionalmente para uma relação entre diferentes, para a proteção dos diferentes. Isso porque um profissional dispõe de informações sobre o produto, sobre o serviço e sobre o contrato, é um expert, um profissional no assunto, é este seu "ganha-pão", sua vocação, sua fonte de rendas, sua especialidade; já o outro na relação (o alter, o parceiro em um contrato ou vítima de um acidente de consumo), o consumidor, tem naturalmente um déficit informacional, é um leigo, ele e todos aqueles que como ele formam a coletividade de consumidores afetados por aquela publicidade, produto transgênico, serviço financeiro complexo etc (BENJAMIN, 2012, p. 87).

Percebe-se, que o CDC estará sempre relacionado à figura do empresário que disponibiliza o produto no mercado consumerista, do profissional que coloca seus conhecimentos técnicos à disposição do consumidor, para que assim, ocorra uma relação entre desiguais, haja vista que o consumidor não detém tal produto ou conhecimento técnico, portanto, se houver uma relação jurídica entre dois iguais, não se configura relação de consumo, e sim uma relação regida pelo código civil ou comercial.

Neste entendimento explica Cláudia Lima Marques.

[...] se dois civis, duas vizinhas amigas, contratam (compra e venda de uma joia antiga), nenhuma delas é consumidora, pois falta o fornecedor (o profissional, o empresário), são dois sujeitos “iguais”, regulados exclusivamente pelo Código Civil. Sendo assim, à relação jurídica de compra e venda da joia da família aplica-se o Código Civil, a venda é fora do mercado de consumo. [...]. Já o ato de consumo é um ato misto, entre dois sujeitos diferentes, um civil e um empresário, cada um regulado por uma lei (Código Civil e Código Comercial), e a relação do meio e os direitos e deveres daí oriundos é que é regulada pelo CDC (BENJAMIN, 2012, p. 82).

Dessa forma compreende-se que o código de defesa do consumidor aplica-se somente a relação entre pessoa física, como destinatário final, ou seja, aquele que adquire o produto para consumo, no qual foi disponibilizado no comércio através da figura do empresário, sujeito que disponibiliza bens e/ou serviços.

3.1. Sujeitos da Relação de Consumo

O Código de Defesa do Consumidor, ao invés de deixar para a doutrina a função de conceituar os elementos da relação jurídica, entendeu por bem trazer consigo a definição, e o fez de forma acertada, pois, abarcou de forma ampla todo e qualquer sujeito que possa configurar uma relação jurídica de consumo.

No mais, é de notável percepção que os conceitos estão interligados, sendo dependentes um do outro, como explica Bruno Miragem (MIRAGEM apud BOLZAN, 2016, p.109), que “só existirá um consumidor se também existir um fornecedor, bem como um produto ou serviço”.

Consumidor e fornecedor são sujeitos da relação de consumo, portanto, são elementos subjetivos da relação de consumo, assim como o produto e os serviços que são os objetos da relação, também são definidos como sendo os elementos objetivos pelos quais recaem os interesses dos fornecedores em aliená-los e dos consumidores em adquiri-los. Dessa forma, tem-se que são conceitos racionais e dependentes entre si. Assim compreende-se que as definições estão atreladas umas às outras não podendo ser consideradas isoladamente, sendo necessária a presença de ambas para ensejar a aplicação do Diploma consumerista, sendo relevantes os elementos subjetivos e objetivos para a definição da relação jurídica em comento.

3.1.1. Consumidor

Consumidor é aquele que adquire produtos e serviços para benefício próprio ou de outrem sem intenção de repassá-los com objetivo de lucro, é que chamamos de

destinatário final. Esse entendimento pode atingir também as pessoas jurídicas, quando essas adquirem produtos ou serviços para consumo próprio, nesse caso podemos citar o material de escritório ou internet.

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, em seu art. 2º, define consumidor como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", ou seja, o título "destinatário final" refere-se aquele que não pretende utilizar o produto e não comercializar. Para o Legislador o consumidor é considerado vulnerável frente à capacidade técnica do fornecedor.

Observa-se, que para o legislador, consumidor é aquele que adquire produto ou serviço como "destinatário final", ou seja, aquele que retira do mercado, que usa para consumo e não para revenda ou insumo para a produção de outro produto e/ou serviço disponível no mercado consumerista. No entanto, o mesmo Código entende que existem outros tipos de consumidores, são os chamados "consumidores por equiparação".

3.1.2. Fornecedor

É o fornecedor, quem desenvolve as atividades de produção montagem, criação, importação e exportação, bem como a distribuição e comercialização de produtos ou serviços ao destinatário final que é o consumidor, o conceito de fornecedor encontra-se descrito no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3º caput, transcrevo in verbis:

"Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Percebe-se, que o conceito trazido pelo legislador não faz distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, trata-se, portanto, de um conceito amplo, que alcança inclusive, entidades públicas e estrangeiras, busca atingir qualquer modelo sem excluir qualquer tipo de pessoa jurídica, nesse entendimento esclarece Rizzato Nunes que:

"Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no País, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as

empresas públicas, as autarquias, os órgãos da Administração direta etc.”

Para caracterizar o conceito de fornecedor é necessário que a prática ocorra de forma habitual ou reiterada na produção, fornecimento ou comercialização do produto ou na prestação do serviço em atividade tipicamente profissional excluindo as relações puramente civis, nos quais se aplicam o Código Civil e não o CDC

Neste entendimento, Cláudia Lima Marques, dispõe sobre esses critérios caracterizadores:

“Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Essas características vão excluir da aplicação das normas do CDC todos os contratos firmados entre dois consumidores, não profissionais, que são relações puramente civis às quais se aplica o CC/2002. A exclusão parece-me correta, pois o CDC, ao criar direitos para os consumidores, cria deveres, e amplos, para os fornecedores”.

“Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3.º do CDC foi mais concisa e, portanto, de interpretação mais aberta: menciona apenas o critério de desenvolver atividades de prestação de serviços.” (MARQUES, apud. BENJAMIN, 2012, p.107-108).

Portanto, o conceito de fornecedor é amplo, abrangendo pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas, nacional e estrangeira, e até mesmo os entes despersonalizados que forneçam, comercializem produtos ou prestem serviços profissionais ao consumidor, desde que esta prática seja feita de forma habitual ou reiterada, para que ocorra, assim, a caracterização de fornecedor.

3.2. Vulnerabilidade e hipossuficiência na sistematização do CDC

Resolveremos questões entre consumidor e fornecedor, onde se relacionam os conceitos e imagens de vulnerabilidades e deficiências. No entanto, apesar da correlação entre os valores anteriores, é necessário fazer uma distinção para melhor para a proteção do consumidor e como também que se adapte plenamente aos seus privilégios e âmbito de proteção no ambiente do consumidor.

3.2.1 Do Conceito da Vulnerabilidade

É necessário ressaltar que os conceitos de risco e vulnerabilidade estão relacionados, e embora o primeiro possa ou não ser alcançado, o segundo sempre existirá, apesar da necessidade de verificação. Isso significa que, considerando que existem diferenças de tecnologia, legislação, fatos e informações entre consumidores e fornecedores, há sempre o risco de prejudicar as relações de consumo, sendo os consumidores sempre considerados grupos vulneráveis.

Segundo Moraes (2009, p. 125):

Portanto, do ponto de vista jurídico, a fragilidade é um princípio O ordenamento jurídico brasileiro atuante entende que, visto que quem pode ser ofendido ou prejudicado na relação de consumo, reconhece a qualidade ou condição dos sujeitos mais fracos nas relações de consumo. Os assuntos mais influentes no mesmo relacionamento, tanto física, psicológica e economicamente.

Esse tipo de brecha é particularmente óbvio em contratos bancários, porque há uma grande quantidade de informações técnicas nos contratos bancários e os consumidores não profissionais hipotéticos não podem obter essas informações. De acordo com esta descoberta, a vulnerabilidade dos consumidores decorre da fonte das obrigações de informação do fornecedor relacionadas ao conteúdo do contrato (MARQUES, 2010, p. 328).

Como brechas técnicas, brechas legais concedidas em certas circunstâncias exercerão poder suficiente para legitimar a ocorrência de CDC em um relacionamento típico de empresa privada, e quando uma das partes (grupos legalmente vulneráveis) não tem as mesmas condições, a outra parte Quota de mercado.

3.3. Da Hipossuficiência

Segundo André; Filho (2016, online) tendo em vista “a fragilidade das relações de consumo em relação aos fornecedores, as leis do consumidor baseiam-se nas necessidades de proteção do consumidor nas relações de consumo, e os fornecedores estão na outra ponta dessa relação”. Esta vulnerabilidade também afeta a existência de dois institutos, a saber vulnerabilidade e inadequação.

Assim como na oferta insuficiente, a sub-abundância é uma forma de expressar a vulnerabilidade dos consumidores diante do enorme poder dos fornecedores. No entanto, a insuficiência é a sua principal característica, sendo este o ponto mais importante para distinguir a vulnerabilidade, por se tratar de uma fragilidade extremamente evidente, principalmente devido a fatores culturais e econômicos (ANDRÉ; FILHO, 2016, online)

Em outras palavras, a insuficiência funcional é um entendimento procedimental, ou seja, em comparação com o paradigma do consumidor comum, o consumidor tem

insuficiência crônica, então se encontra em um complexo de inferioridade e, quando confrontado com os fornecedores, seu complexo de inferioridade é bastante reduzido. Por exemplo, esta situação ocorre em pessoas incapacitadas, idosos e pessoas com necessidades especiais.

Mas nem todos os consumidores, por serem vulneráveis, também serão subfinanciados. Muitos matemáticos e precedentes acreditam que a inversão do ônus da prova é uma regra de julgamento, não uma regra de procedimento: qualquer que seja a relação com o consumidor, o magistrado não é obrigado a reverter, muito menos na etapa de saneamento do processo. Ao contrário, somente quando houver dúvidas sobre a acusação do autor e do réu, e o conjunto de provas apresentado pelo consumidor contiver a menor lógica e fundamento, pode o juiz ser autorizado a derrubar o ônus da prova em desvantagem do fornecedor e na fase de tomada de decisão (ROSA; BIZELLI; FÉLIX, 2017, p.174). Em outras palavras: porque de acordo com a lei, o juiz pode substituir o ônus da prova em vez de exercer suas funções. De acordo com o artigo VIII, parágrafo 6º do CDC, a análise da possibilidade ou insuficiência da cobrança do consumidor fica a critério do juiz.

Em explicação de Rosa; Bizelli; Félix (2017, p. 174) “ou seja, a inversão do ônus da prova não acontecerá, porque o consumidor é um sujeito vulnerável, porque todos são, mas porque determinado consumidor é vulnerável em um determinado processo. Não o suficiente para fornecer evidências”. É necessário analisar especificamente as lacunas de legalização da inversão do ônus da prova: Se o consumidor provar que o réu deve provar a falha técnica do produto ou serviço, perante o consumidor, a inversão do ônus da prova é imprescindível. Provavelmente um leigo, não há como fornecer evidências.

4. O DESCASO COM O FREQUÊS NOS PÓS COMPRA DE PRODUTOS OU SERVIÇOS

O contexto com o descaso ao cliente é uma realidade transparente, quando você presta atenção o que é feito de irregularidade por parte dos fornecedores, no sentido de não cumprir com as obrigações quando causam prejuízos ao freguês, na maioria das vezes em determinados casos ficam inertes com a solução do problema diante da problemática que precisa ser resolvida por parte do fornecedor. Muitas vezes o comprador, daí ao estabelecimento comercial na tentativa de buscar uma solução para o problema ocasionado e diante da inércia ao fornecedor, o freguês é induzido pela postura do fornecedor a desistir da resolução, uma vez que diante ao custo elevado da insistência fato este que muitas vezes só favorece o fornecedor pelo fato de ser economicamente o mais forte nessa relação.

De acordo com Lemos, leciona que:

Os consumidores estão vivendo num mundo onde à antiga assimetria de informações entre vendedores e clientes não existe mais. A internet resolveu isso de maneira exemplar e radical. Hoje o consumidor pode encontrar várias opções do que procura, descobrir como funcionam os produtos, comparar suas características e contar a avaliação de clientes reais e especialistas (LEMOS, 2014, p.34).

O freguês muitas vezes ao comprar o produto pensando na qualidade quando de posse desse produto percebe se que a qualidade é outra não é o que muitas vezes foi demonstrado pela publicidade. Casos em que o fornecedor nega se a atende-lo no estabelecimento comercial onde o produto foi comprado ou adquirido pelo comprador.

O fornecedor muitas vezes faz usos de práticas vexatórias, expondo de forma absurda o cliente ao ridículo atendo nesse caso contra a sua honra objetiva e subjetiva. Nesse contesto de relação tudo isso traduz –se na realidade no descaso para solução dos problemas que são buscados pelo freguês no local da compra do produto ou serviço e que muitas vezes dependem da observação de normas e regras impostas pelo ordenamento jurídico pátrio ao fornecedor que muitas vezes fica desfasado de bonzinho querendo ludibriar o comprador.

Segundo Grionover, comenta que:

[...] tenha-se em conta que o Código ora comentado visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo. Assim, embora destinatária final de tudo que é produzido em termos de bens e serviços, a comunidade de consumidores é sabidamente frágil em face da outra personagem das relações de consumo, donde pretende o Código de Consumidor estabelecer o necessário equilíbrio de forças (GRINOVER et al, 2007, p.27).

O fornecedor que tem essa prática de descaso com o cliente no cotidiano nessa relação de consumo, pode ser observado nesse contesto como aquele que muitas vezes deixa de fazer a sua parte não atendendo o freguês em seu estabelecimento comercial, aquele fornecedor que muitas vezes retarda com o cumprimento da sua obrigação ou que não se cumpre de nem uma forma com ela. O mesmo age de forma cruel com chacotas ou com desmerecimentos de caráter vexatório com o comprador.

É a aquele que não fornece as informações adequadas antes da compra e depois da compra do produto, ainda dentre outras atitudes ilícitas de forma irregular tudo para

não realizar prestações no direito do consumidor de modo adequado. Diante dessa realidade percebe-se que a intenção do fornecedor é de não cumprir com as suas obrigações causando danos assim ao cliente de ordem amoral, quando de ordem material.

Em conformidade com Garcia, este comenta que:

[...] um conjunto de padrões éticos de comportamento, aferíveis objetivamente, que devem ser seguidos pelas partes contratantes em todas as fases da existência da relação contratual, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção (GARCIA, 2008, p.41).

No contexto da ordem moral do consumidor, percebe-se o abalo psicológico de forma atormentador na autoestima do freguês que muitas vezes se vê desamparado pelo fornecedor ou pelos seus funcionários por não respeitarem sua dignidade de pessoa humana, de ser social atingindo assim seus direitos de personalidade. Ainda por outro viés, existe nessa realidade desgastes de nível material. Temos como exemplo, quando o freguês é levado por muitas vezes ao lugar da compra ou do estabelecimento comercial do fornecedor na tentativa de encontrar solução para o problema advindos dos vícios na qualidade, muitas vezes são adiados e também até mesmo nem reparados por parte do fornecedor. Para encerrar essa seção, em última situação ainda tem o desgaste moral de insistir e exigir para ver seu direito respeitado e salvo, possui também gastos econômico no processo de deslocamento até o estabelecimento comercial do fornecedor para solicitar que sejam tomadas as medidas para impor o e salvaguardar seu direito de consumidor perante a sociedade onde estar inserida.

De acordo com Marques, leciona que:

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual (MARQUES, 2006, p.229).

Se percebe claramente que o descaso com o consumidor é nítido e latente, quando o após a compra do produto/serviço viciado, a busca por reparação é por demais dificultosa, pois os Fornecedores não mais observam o consumidor como peça atrativa na relação de consumo, por que seus objetivos já foram alcançados, a venda já foi realizada e as consequências ou seja os riscos do após venda é passado de forma incorreta e ilícita para

o consumidor, diante dessa realidade o comprador se vê obrigado a arcar com as despesas de obus do fornecedor que muitas vezes não cumpre com o seu dever com o consumidor mesmo após assinatura do contrato. 2 –Engambelação do consumidor.

Nesse contexto o consumidor muitas vezes ele é vencido pelo estresse e pelo cansaço, analisa que sai mais barato para ele renunciar ao seu direito de obter qualidade esperada do produto ou do serviço, ou mesmo a continuar a exigi-los pois o seu psicológico está abalado e o financeiro também. Tartuce, leciona que:

[...] a informação, nesse âmbito da ciência jurídica, tem dupla face: o dever de informar e o direito de ser informado, sendo o primeiro relacionado com quem oferece o seu produto ou serviço ao mercado; e o segundo, com o consumidor vulnerável. (TARTUCE, 2007, p.141).

Muitas vezes os compradores são conduzidos aos estabelecimentos comercial do fornecedor na tentativa de resolver o problema, porém diante da inércia fornecedor é induzido a desistir da resolução diante do custo elevado da sua insistência nesse contexto fato esse que só favorece o fornecedor que repassa de forma ilícita o seu ônus de reparar os vícios ao próprio comprador. Com isso o desgaste moral, emocional, econômico favorece o fornecedor que usa da prática ilícita desmerecendo o cliente para com isso obter da obtenção de lucros em caráter utilitarista atentando contra a dignidade e contra o direito da pessoa humana, esses desgastes atinge a própria alma e os sentimentos do comprador.

Segundo Mattos, comenta que:

A confiança é colocada no núcleo das relações de comércio eletrônico, impondo deveres anexos específicos, porque, ao contrário do que ocorre no mundo real, onde é possível se utilizar da teoria da aparência, aqui, a própria aparência se desmaterializou restando, apenas, a transparência, dado ou informação de um texto contratual complexo, rápido e especializado. Com a reumanização do contrato eletrônico, a dogmática da aparência retorna. (MATTOS, 2009, p.36).

Enquanto que o desgastes material atinge econômico, financeiro, mente, emocional tudo de forma negativa, nessa relação quem tem seus direitos violados é o consumidor. Clayton Reis, afirma que a defesa da personalidade, quando houver desgaste moral, constitui uma “maneira de preservar o patrimônio dos indivíduos, que é o maior acervo que um povo pode legar na tarefa de construção da civilização”. Diante dessa realidade.

Em conformidade com Garcia, explica que:

Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao status quo ante. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo. Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores. (GARCIA, 2008, p.260).

O Estado deve prezar pela defesa do direito de personalidade do indivíduo combatendo assim abuso dos mais fortes contra os mais fracos no contexto econômico só assim é que podemos construir uma sociedade mais justa, mais democrática, mais solidária com a garantia do desenvolvimento geral do bem-estar. Tudo inicia se pelo respeito na prevenção do princípio da igualdade nesse contexto abrangendo o direito de personalidade para que tudo seja resolvido de forma passiva e correta. É de responsabilidade do Estado garantir a todos tais direitos pois são fundamentais para a harmonia social na relação de consumo entre fornecedor e consumidor.

4.1. Cláusula geral da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

Conforme Bessa (2018, p.29) a Lei de Defesa do Consumidor em matéria de responsabilidade civil se responsabiliza pelos fatos e vícios de produtos e serviços em dois ramos específicos. Porém, antes disso, foi estabelecido no art. 6. VI, este é o direito básico dos consumidores de "prevenir e reparar efetivamente os danos mentais e materiais"

As disposições anteriores estabelecem uma cláusula geral de verdadeira responsabilidade civil no mercado consumidor, ou seja, quando as circunstâncias factuais causadoras do dano não constituam responsabilidade por fato ou vício, esta cláusula pode ser utilizada como base ampla para permitir a indenização por danos aos consumidores (Propriedade e ética) produtos ou serviços (BESSA, 2018, p.29).

Segundo Bessa (2018, p.29) "É errado acreditar que todo e qualquer dano aos consumidores deva ser causado pelo vício em produtos, serviços ou fatos. Muitos danos (morais e / ou materiais) causados aos consumidores são decorrentes de atividades factuais ou viciantes e não conformes com produtos ou serviços".

Portanto, A ideia do artigo, a característica do art. 6º VI do CDC é a cláusula geral de responsabilidade civil nas relações de consumo, doutrina que não a discute, estimulando tentativas de tornar vícios e produtos ou serviços na categoria fática de produtos ou serviços lesivos ao consumidor. Quaisquer erros factuais.

Sendo assim, de acordo com a obra de Nelson Nery Júnior, logo após a edição do CDC, preleciona que:

Em relação à responsabilidade civil, a regra geral do CDC é uma regra de responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco de atividade. É absolutamente incompatível com o sistema de responsabilidade subjetiva e é culpada. Esta é a regra geral do Código Civil (Artigo 159). Portanto, o sistema de responsabilidade com erros de direito civil não se aplica às relações de consumo. Portanto, o sistema de responsabilidade objetiva do CDC deve ser aplicado a todas as premissas sobre as relações de consumo, envolvendo a questão da responsabilidade por danos sofridos pelos consumidores. Isso porque a obra de arte contém a base de toda compensação para os consumidores. O artigo 6º VI do CDC é o risco da atividade, o qual contém em si o princípio da responsabilidade objetiva geral de fato [...]. (NERY, 1992, p. 58).

Esclarecer o uso de cláusulas gerais de responsabilidade civil no CDC e os danos causados pelas atividades do banco de dados de proteção ao crédito (artigo 43). É incorreto confirmar que a responsabilidade civil de arquivos de consumidores provém de regulamentações artísticas baseadas em precedentes. De acordo com o disposto no artigo 14 do CDC (responsabilidade pelos fatos do serviço), a vítima do dano será protegida como o mesmo consumidor, de acordo com o art. 17 do CDC (BESSA, 2018, p.30).

Contudo, para se chegar a tal conclusão, deve-se presumir que o vínculo contratual estabelecido entre a empresa (fonte de informação) e a entidade de proteção ao crédito constitui uma relação de consumo, o que é incorreto, pois o serviço de proteção ao crédito do empresário não deve ser enquadrado para consumidores. Primeiro, porque o contrato de serviço da entidade de proteção ao crédito significa a própria atividade empresarial. Em segundo lugar, mesmo considerando que a entidade de proteção ao crédito é frágil, e considerando a empresa de consultoria, a fragilidade da entidade não pode ser verificada (BESSA, 2018, p.30). Na verdade, pelo fato de o consultor também disponibilizar um banco de dados de proteção ao crédito (contendo informações sobre os consumidores), ele desempenha um papel fundamental na dinâmica dos serviços de proteção ao crédito, podendo até estar no ponto extremo da demanda passiva de indenização.

Portanto, se não houver relação de consumo entre a entidade de proteção ao crédito e a empresa prestadora de serviços que permitem o acesso a documentos, não há necessidade de se falar em acidentes de consumo (fatos de atendimento), e o resultado é muito menor, equivalente aos consumidores (art. 17 do CDC) (BESSA, 2018, p.31). Sendo assim, o uso do artigo é impróprio. O artigo 14 do CDC estabelece a responsabilidade dos

fatos do serviço de verificar os requisitos de indenização aos consumidores vitimados pelo tratamento indevido de seus dados.

Desta forma, o fundamento da responsabilidade civil deve ser buscado nos termos gerais estipulados nesta cláusula. O parágrafo sexto do art. 6º reitera o direito básico do consumidor de obter “efetiva indenização por danos mentais e materiais”. As regras gerais de responsabilidade civil da Lei de Defesa do Consumidor são aplicáveis justamente aos danos causados por atividades exercidas no mercado consumidor na ausência de fatos e premissas de dependência do produto, e também servem como diretrizes para a aplicação do CDC.

4.2. Da Responsabilidade Objetiva do Produto ou do Serviço

Segundo Melo (2005, online) introduz que “a responsabilidade imposta aos fornecedores pela Lei de Defesa do Consumidor é a qualidade e segurança dos produtos ou serviços. Isso significa que as pessoas que colocam produtos ou serviços no mercado têm a obrigação legal de fornecer aos consumidores sem riscos em termos de saúde, saúde física e mental e patrimônio”.

Portanto, conforme Marques discute o assunto no que diz respeito à responsabilidade factual de fornecedores de produtos e serviços:

“Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do CDC (arts. 12 a 17), está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). Observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema de common Law (implied warranty). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores. [...] (MARQUES, 2002).

Sendo assim, pode se manifestar pelo bom comportamento dos participantes antes, durante e depois da contratação, pois mesmo que a garantia legal seja rescindida, ainda existem efeitos relacionados e devem ser executados. As condições do contrato devem ser observadas para entender o nível social e cultural dos participantes e sua situação financeira (MELO, 2005, online).

Insta destacar, que a Lei de Defesa do Consumidor estipula que quando os fornecedores forem responsáveis por defeitos em produtos (artigo 12) e serviços (artigo 14), eles serão responsáveis por indenização, independentemente de serem culpados ou não. Portanto, esta é uma responsabilidade objetiva.

Em ambos os casos, apenas se o fornecedor do produto ou serviço provar (e este é o seu encargo) que o produto ou serviço não foi colocado no mercado, ficará isento de obrigações indenizatórias (art. 12.º, n.º 3, I) , Mesmo que o produto tenha sido colocado no mercado ou o serviço tenha sido prestado, não foram detectados defeitos (artigo 12, artigos 3, II e 14, artigo 3, I), e nenhum dano foi sequer encontrado devido à vítima ou a terceiros É totalmente culpado (Artigo 12, Artigo 3, III e 14, Artigo 3, II) (MELO, 2005, online).

Se houver mais de um motivo para o dano, todos responderão ao conteúdo da obra de arte juntos. Seção única e art. De acordo com o artigo 25 (1) da Lei do Consumidor, o consumidor deve escolher se deseja exigir fornecedores diretos, fornecedores diretos ou todos os fornecedores envolvidos na cadeia de produção/ distribuição. Obviamente, o fornecedor que cumprir a obrigação de indenização terá o direito de recorrer contra os demais participantes nos demais fatos do dano. No entanto, você deve usar procedimentos autônomos ou, mesmo que use os documentos do caso que causaram a condenação, você deve fazê-lo depois de satisfazer os requisitos do consumidor, porque o código proíbe explicitamente reclamações sobre disputas (artigo 88) (MELO, 2005, online).

Portanto, na maioria dos casos, os fornecedores são responsáveis pelos fatos de produtos e serviços, pois são fabricantes, produtores, fabricantes e importadores que empurram produtos ou serviços defeituosos para o mercado consumidor e responsabilidade. Existe o risco de tal comportamento e assume a responsabilidade pela indenização. Desta forma, vamos lidar com cada.

O fato do produto e do serviço e o acidente de consumo

No que tange a responsabilidade pelo fato do produto, ela está descrita no artigo 12 do CDC, vejamos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Para Casagrande (2012, online) preleciona que “por meio desse dispositivo, confirma-se que o fato do produto ser um evento ocorrido no mundo externo. O evento é um dano material ou mental ao consumidor causado por um defeito do produto. Dessa forma, pode-se entender que a ocorrência de um evento sempre será um defeito. Produto, a palavra-chave é defeito”.

Diante disso, é compreensível que os defeitos possam ocorrer tanto quando muitos defeitos são atingidos durante a fabricação do produto, ou durante a preservação do produto. Tais defeitos são "naturalmente" isentos de defeitos, mas devido à sua má conservação é falha.

Portanto, para Casagrande (2012, online) A responsabilidade do fornecedor por compensação é objetiva e não há investigação para saber se existe um sentimento de culpa. A ocorrência de tal sentimento de culpa é irrelevante. É desnecessário porque não interfere com a responsabilidade. Para que o dano seja reparado, é suficiente provar o evento prejudicial, a causalidade e o dano reparável e sua extensão. Uma vez que a responsabilidade do réu por compensação é objetiva, e porque a responsabilidade do réu por compensação é objetiva e derivada da lei, é inútil alegar inocência ou engano em sua defesa.

No que tange, a responsabilidade objetiva, existe independentemente da culpa, porque os consumidores são a parte mais fraca do relacionamento com o consumidor. E se os consumidores tiverem que provar a culpa dos fabricantes, fornecedores, etc.? Eles nunca vão assumir qualquer responsabilidade, porque os consumidores não participam da produção, distribuição e outros processos. Produto, só consumo (CASAGRANDE, 2012, online).

Portanto, pode-se concluir que o fornecedor do produto deve responder sem assumir qualquer responsabilidade, sendo essa a sua responsabilidade objetiva, na qual deve indenizar as vítimas de acidentes de consumo causados por defeito do produto.

Contudo, sobre a responsabilidade pelo fato do serviço está elencada no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor que diz:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I – o modo de seu fornecimento;
- II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III – a época em que foi fornecido”

A principal diferença entre o artigo 12 e o artigo 14 do CDC é a designação do responsável, ou seja, o art. 12 Seja responsável pelos fatos do produto e designe fabricantes, produtores, construtores e incorporadores como as pessoas responsáveis, e exclua os comerciantes da estrada principal (isto é, arte). 14 A responsabilidade pelo tratamento dos fatos do serviço é somente do fornecedor como responsável, este gênero inclui todos os participantes da cadeia produtiva, portanto, ao lidar com os danos causados por defeitos no serviço, todos os participantes de sua produção respondem em conjunto. Portanto, as áreas de aplicação do Código são muito amplas, no setor privado existem muitas atividades, como serviços prestados por instituições de ensino, cartões de crédito, bancos, etc (CASAGRANDE, 2012, online).

De acordo com raciocínio de Marques (2006, p. 286) “são exemplos dessas atividades que podem causar acidentes de consumo devido aos serviços os serviços bancários, a não prestação dos serviços prestados na abertura e manutenção de contas bancárias e os cuidados ao cadastrar e alertar os consumidores”.

No que se refere aos bancos e seguradoras, há opinião de que não se enquadram no âmbito do Direito do Consumidor, mas de acordo com o conceito de serviços jurídicos elencado no art. 3º, § 2º, não há base jurídica. Para esse entendimento. O CDC apenas excluiu esse tipo de discussão e incluiu explicitamente as atividades bancárias e de seguros no conceito de serviços jurídicos. Não há dúvida de que bancos e seguradoras têm suas próprias leis para reger suas operações, mas de consumo, ficam também sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor (CASAGRANDE, 2012, online).

Portanto, é compreensível que o prestador de serviço seja de responsabilidade objetiva na reparação de danos aos consumidores causados pela prestação de serviços defeituosos, ou seja, haja falha ou não, deve ser entendido da mesma forma, Se o provedor não informar corretamente o uso do serviço e as informações de manutenção ao usar o serviço, você também terá responsabilidade objetiva.

Segundo Benjamim (2007, p. 137) “o “Código de Defesa do Consumidor” segue a disciplina de responsabilidade factual de produtos e serviços, ou seja, responsabilidade por acidentes de consumo, e regulamenta os chamados crimes de produtos e serviços. (arts.

18 a 25)". De acordo com Bessa (2017, p. 35) "enquanto na responsabilidade pelo fato a preocupação maior é com a segurança dos produtos e serviços, na responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, o ar condicionado deve esfriar o ambiente; a televisão, transmitir imagens e sons, etc". Portanto, se existe relação de consumo, é arte. CDC 18-25. Caso contrário, a disciplina do Código Civil se aplica ao comprador. Segundo Bessa (2017, p. 40) "o conhecimento do vício em direito privado leva a condenação adicional de perdas e danos. No que diz respeito aos consumidores, o conhecimento do vício não tem absolutamente nada a ver com o objetivo final de compensar os consumidores pelo vício em produtos".

Portanto, a constituição da responsabilidade se dá pela relação causal entre consumidores, produtos e / ou serviços e os danos reais. Comprova-se ser a teoria e realidade e fundamento da responsabilidade civil objetiva estipulada pelos Centros de Controle e Prevenção de Doenças, bem como a garantia de indenização integral aos consumidores lesados, seus familiares, e até mesmo consumidores equivalentes e seus familiares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a relação jurídica estabelecida entre as entidades econômicas do mercado consumidor (designada pelo microssistema ativo local de fornecedores e consumidores) é afetada pelos princípios gerais de ordem econômica (cujo objetivo é garantir uma vida digna para todos). Justiça social), e direitos e garantias individuais e coletivas básicas (é o que acontece com a inviolabilidade dos direitos à vida, segurança, igualdade, liberdade e propriedade).

Portanto, o objetivo claro do legislador é implementar uma política nacional de relações de consumo, que é uma disciplina jurídica única e unificada destinada a proteger o patrimônio e os interesses morais de todos os consumidores. O Código do Consumidor entrou em vigor em março de 1991. Segundo o mestre Sergio Cavalieri Filho, desde então, tornou-se um diploma moderno que atende às melhores e mais avançadas legislações dos países desenvolvidos. Em outras palavras, seus princípios e normas são voltados para a ordem pública e os interesses sociais.

Por conseguinte, as normas legais de defesa do consumidor devem ser aplicadas à relação entre fornecedores e consumidores de acordo com suas finalidades sociais (artigo 5º da "Introdução ao Código Civil"), para que o progresso tecnológico e o desenvolvimento do mercado consumidor estejam em linha com o desenvolvimento do mercado consumidor. O patrimônio e a proteção psicológica biológica das entidades econômicas do mercado consumidor e de toda a sociedade. As mudanças sociais e econômicas decorrentes da popularização dos contratos e do avanço tecnológico têm levado à necessidade de o governo intervir mais nas relações privadas, participar de forma mais

efetiva na adoção de soluções políticas e realizar atividades que geralmente afetam o governo, que pode redescobrir o equilíbrio das relações jurídicas.

Tais incidentes precisam reformular o contorno das principais instituições jurídicas, incluindo a responsabilidade civil. No entanto, devido à desigualdade na forma, esta instituição jurídica não foi capaz de resolver de forma plena e satisfatória os litígios envolvendo fornecedores e consumidores na versão inicial, o que na prática proporcionou aos detentores de poder maiores benefícios e prejudicou os juros.

Consequentemente, foi estabelecida a teoria da responsabilidade objetiva, cujo objetivo é investigar a responsabilidade por perdas patrimoniais e extrapatrimoniais incorridas por entidades econômicas em atividades ilegais, sem a necessidade de provar a culpa do fornecedor. Produto ou serviço. Por meio da responsabilidade objetiva, as vítimas passam a ter direito à indenização pelos danos sofridos em decorrência de atos ilícitos de natureza e atividades jurídicas que causem danos aos seus resultados, desde que o ato criminoso seja analisado e provado sua culpa. O responsável pelo evento é totalmente desnecessário e, a menos que expressamente exigido por lei, será punido por obstruir a percepção dos direitos da vítima.

A objetivação da responsabilidade moderna torna possível a proteção pessoal real e mais eficaz. Além disso, representa um avanço considerável na proteção coletiva e descentralizada dos danos transindividuais. Agora, na perspectiva do pós-modernismo, devido às atividades profissionais voltadas para as massas, Frente com o progresso tecnológico, meios de transporte e comunicação, e o fenômeno da globalização. Em suma, a responsabilidade civil estipulada na “Lei de Defesa dos Direitos do Consumidor” atende plenamente às necessidades dos consumidores. Porém, para torná-la mais efetiva, falta a adoção de um mecanismo que possibilite ao judiciário tratar as necessidades pessoais decorrentes das relações de consumo de forma mais ágil e eficaz em seus procedimentos, pois leva quase dez anos para a resolução de litígios, que é devido à falta de esses elementos acabarão por beneficiar as entidades econômicas involuntariamente.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRÉ; FILHO, José Luciano Freitas Henriques Acioli Lins. A vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor na economia atual, 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45988/a-vulnerabilidade-e-a-hipossuficiencia-do-consumidor-na-economia-atual>. Acesso em: 10/08/2021.

BRASIL. lei nº 8.078, de 11 de setembro de 2009. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 14/08/2021.

BOLZAN, Fabrício. Direito do Consumidor esquematizado. Coordenação de Pedro Lenza (Coleção esquematizado), 4ª ed.- Saraiva, 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Manual de direito do consumidor – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. Cláudia Lima, MARQUES, Apud. BENJAMIN, 7ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

BESSA, Leonardo Roscoe. MANUAL DE DIREITO DO CONSUMIDOR - EDIÇÃO 201, VII. VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO.

CASAGRANDE, Bruna Maria Ribeiro. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO – ACIDENTE DE CONSUMO. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-106/responsabilidade-pelo-fato-do-produto-e-do-servico-acidente-de-consumo/#_ftn17. Acesso em: 10/08/2021.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITO DIARIO. Diferenças entre vulnerabilidade e hipossuficiência, 2015. Disponível em: <https://direitodiario.com.br/diferencas-entre-vulnerabilidade-e-hipossuficiencia-2/>. Acesso: 06/09/2020.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GUEDES, Daniella Maria Brito Azêdo. A responsabilidade Civil pelo Mau-atendimento ao consumidor. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-responsabilidade-civil-pelo-mau-atendimento-ao-consumidor/>. Acesso em: 10/08/2021.

LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LAS CASAS, Alexandre Luzzi. Administração de Marketing: conceitos, planejamento e aplicações à realidade brasileira. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LEMOS, Manuel. Diga adeus aos vendedores. Info Exame, São Paulo: Abril, ed.347, Novembro 2014.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ESPECIFICAÇÃO DA LACTOSE NA EMBALAGEM DE MEDICAMENTOS: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

FERNANDA NASCIMENTO DA SILVA:

Bacharelado em Direito pela Universidade de Gurupi.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI⁷⁹

(orientadora).

Resumo: A presente pesquisa tem por intuito abordar a necessidade a especificação da lactose no rótulo da embalagem de medicamentos, visto que a mesma é um problema de saúde que acompanha grande parte dos brasileiros. No código de defesa do consumidor traz explicitamente sobre a importância do consumidor ser frisado sobre o que contém no produto, tal omissão leva a necessidade do embate da pesquisa. Dessa forma, ainda a luz do CDC, pode-se considerar omissão e até falsidade caso leve o consumidor ao erro, como discutido, demonstra-se o informativo da lactose somente na bula a informação pela metade, ambígua ou incompleta. Assim, a necessidade da aprovação do projeto de lei (PL) 4.974/2019, para tornar a informação clara e concisa, sem embaraços, respeitando os direitos do consumidor e suas garantias constitucionais, apresentando os fármacos de forma veraz. Através de tais questionamentos, eleva-se o estudo, a uma ótica garantidores da equidade, preservando assim o direito legítimo de todos os consumidores, através de uma análise lúcida acerca do assunto, valendo-se de um estudo em uma ótica bibliográfica e descritiva.

Palavras-chave: código de defesa do consumidor; lactose; rótulo; medicamento;

Abstract: The present research aims to address the need for the specification of lactose on the drug packaging label, since it is a health problem that accompanies most brazilians. In the consumer protection code, it explicitly states the importance of the consumer being stressed about what is in the product, such an omission leads to the need for a clash of research. Thus, still in the light of the Consumer Protection Code, it can be considered omission and even falsehood if it leads the consumer to error, as discussed, the lactose bulletin is shown only in the package insert in half, ambiguous or incomplete. Thus, the need for the approval of the law project (PL) 4.974/2019, to make the information clear and

⁷⁹ Graduada em Direito na FAFICH (2000); Pós- Graduada em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista pela Anhanguera (2005); Mestre em Gestão Pública pela UFT (2018); Professora na Unitins de Palmas/TO; Diretora-Geral da ESA-TO (Gestão atual), Professor Universitário de Direito na Universidade UnirG, Gurupi/TO.

concise, without embarrassment, respecting the consumer's rights and their constitutional guarantees, presenting the drugs truthfully. Through such questions, the study is elevated, to a perspective that guarantees equity, thus preserving the legitimate right of all consumers, through a lucid analysis on the subject, using a study from a bibliographic and descriptive perspective.

Keywords: Consumer Protection Code. Lactose. Label. Medicine.

Sumário: Introdução. 1. Intolerância à Lactose. 2. Dos direitos dispostos no Art.6 do Código de Defesa do Consumidor. 3. Rotulagem De Medicamentos E A Presença De Lactose. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A lactose consiste em uma substância que está presente em diversos alimentos e medicamentos. Que consiste em favorecer absorção do cálcio no corpo, dentre outros benefícios.

Todavia de acordo com a pesquisa feita pelo Instituto Datafolha, estima-se que cerca de 53 milhões de brasileiros afirmaram que sentem um desconforto quando consomem produtos lácteos. Correspondendo assim acerca de 35% da população acima de 16 anos. (SENSILATTE, 2021 apud. INSTITUTO DATAFOLHA)

Outrossim, muitas pessoas acabam consumindo produtos com substância da lactose sem perceber, o que pode trazer reações graves principalmente quando se tratar de medicamentos. Destarte, apesar da indústria farmacêutica ser obrigada a discriminar os excipientes na bula dos medicamentos, não se torna explícito para o consumidor, devendo vir sem desembaraço na embalagem do produto.

Conforme art. 6 do CDC, é direito básico do consumidor ter acesso informação adequada e dentre outras especificações, bem como sobre os riscos que apresentam. Dessa forma, a apresentação somente intrínseca demonstra-se fragilizada e ferindo os direitos do consumidor.

Assim, o Projeto de Lei (PL) 4.974/2019 de autoria do senador Rodrigo Cunha (PSDB-AL), tem como interesse principal tornar obrigatória a declaração da presença de lactose em rótulos e embalagens de medicamentos, assim, tornando-se coerente perante o Código de Defesa do consumidor.

Dessa forma, altera lei de vigilância sanitária (Lei 6.360/76) a que ficam sujeitos medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos que impactam a saúde pública, deixarem explícitos a presença da lactose.

A intenção é evitar que pessoas com intolerância à lactose sofram reações adversas a essa substância ao consumi-la em um medicamento inadvertidamente.

1.INTOLERÂNCIA À LACTOSE

A intolerância à lactose consiste em um distúrbio do sistema digestivo que reduz a produção de lactase no intestino delgado, chegando em alguns casos a nem produzir a enzima.

De forma que, consiste na deficiência de hidrolisar (quebrar) a lactose, que é um dissacarídeo, em monossacarídeo (galactose e glicose). Esta deficiência está ligada a uma enzima chamada lactase (β -D- Galactosidase), que se localiza na borda da escova da mucosa do intestino delgado. Quando não hidrolisada, a lactose não é absorvida, e permanece no intestino, agindo osmoticamente na drenagem de água para o lúmen intestinal. Com a deficiência desta enzima, a lactose se torna uma fonte de energia para microrganismos localizados no colón, sendo fermentados a ácido láctico, assim produzindo gás de hidrogênio e metano. Os efeitos causados são dores abdominais, distensão abdominal, flatulência, diarreia, podendo desencadear consequências na absorção do cálcio (MORAIS et al., 2013)

A mesma está presente em cerca de 65% da população mundial (BARBOSA et al., 2020) que é comum após o consumo de alimentos derivados do leite e laticínios.

De acordo com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), os produtos isentos de lactose ou com baixa quantidade de lactose devem ser rotulados conforme a regulamentação específica de alimentos para fins especiais. Porém, mesmo sendo classificados como tal, a portaria não prevê a possibilidade de se utilizar uma chamada na parte frontal do rótulo, informando de forma clara para o consumidor que o produto é isento de lactose ou que contém baixa quantidade de lactose, com exceção dos alimentos industrializados a base de soja que, segundo a RDC 91/200021, devem obrigatoriamente declarar as seguintes informações: “Contém lactose”, “Contém proteínas do leite” ou “Contém lactose e proteínas do leite”.

Na sociedade contemporânea, observa-se um alto consumo de alimentos industrializados e estímulo ao consumo de alimentos com informações nutricionais complementares e para fins especiais, como os diet/light/zero. Com isso, e tendo em vista a tolerância de uma determinada quantidade de lactose pelos indivíduos com intolerância à lactose, a informação sobre a presença e a quantidade de lactose nos rótulos de alimentos industrializados deveria ser obrigatória na legislação brasileira de rotulagem nutricional de alimentos embalados. No entanto, tal legislação não obriga o fornecimento dessas informações (BATISTA et al., 2018).

2.DIREITOS DISPOSTOS NO ART. 6 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme disposto no artigo 6º do CDC, os direitos dispostos são dirigidos em especial à proteção dos consumidores de boa-fé na relação consumerista. Representam a garantia da reparação de danos materiais e morais. De forma que, são de cunho constitucional, inalienáveis, intransferíveis e irrenunciáveis. Conforme dispõe no Código de Defesa do Consumidor no seu *Art. 6º, I - proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos*; (BRASIL, 1990)

De forma que, o direito a vida e a saúde são pilares imprescindíveis na Constituição Federal de 88, elencando fatores decisivos para o direito a vida, de forma que, todo e qualquer produto que possa ser considerado de forma perigosa e que cause dano à integridade do indivíduo é considerado como perigoso e nocivo para o meio social.

A doutrina discorre da seguinte forma:

(...) O direito básico à proteção da saúde e à segurança do consumidor está intimamente vinculado, como é intuitivo, com a proteção do direito à vida. Constam inclusive, na mesma disposição normativa, do artigo 6º, I, do CDC. Por direito à saúde podemos considerar o direito a que se seja assegurado ao consumidor no oferecimento de produtos e serviços, assim como no consumo e utilização dos mesmos, todas as condições adequadas à preservação de sua integridade física e psíquica. Já no que diz respeito ao direito à segurança, consiste basicamente em direito que assegura proteção contra riscos decorrentes do mercado de consumo. Por direito básico à segurança do consumidor, podemos entender como o que assegura a proteção do consumidor contra riscos decorrentes do oferecimento do produto ou do serviço, desde o momento de sua introdução no mercado de consumo, abrangendo o efetivo consumo, até a fase de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo. A proteção legal abrange, no caso, tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor". (MIRAGEM, 2016, págs. 165-166)

Destarte, o resguardo trazido no artigo 6º do CDC funda-se em dar base para o consumidor ter a devida proteção no que tange sobre a demonstração da lactose nos medicamentos de forma explícita.

3. ROTULAGEM DE MEDICAMENTOS E A PRESENÇA DE LACTOSE

A finalidade da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) inclui fiscalizar a produção e comercialização de produtos e serviços (inclusive medicamentos) sujeitos à fiscalização sanitária, procedimentos e processos padronizados, de forma a promover a

saúde das pessoas e garantir a qualidade e segurança da utilização desses produtos (BRASIL, 1999).

A cadeia de produção industrial de produtos farmacêuticos inclui uma série de procedimentos sequenciais que visam a garantia da qualidade, desde a pesquisa da pré-formulação até o desenvolvimento de rótulos e embalagens adequadas. Desde o processo de produção dos ativos até a rotulagem e embalagem, a qualidade do medicamento deve ser observada, sendo que a qualidade deve atender a todos os requisitos legais (NOVAES, 2020).

A embalagem é um elemento importante na segurança de medicamentos pois é um mecanismo de veiculação de informações imperiosas quanto a forma de administração e a possíveis efeitos colaterais, além de agir como meio de envase, proteção e conservação adequadas ao produto (NOVAES, 2020). Deve constar nos rótulos o nome comercial do produto farmacêutico, nome do princípio ativo, caso haja, a forma farmacêutica, sua via de administração, a dosagem e a quantidade presentes no material de envase (BRASIL, 2009).

A Constituição Federal estipula em um de seus artigos que a saúde de todas as pessoas deve ser garantida, e que é dever do Estado prover a saúde de todas as pessoas por meio de políticas socioeconômicas que venham a reduzir a possibilidade dos cidadãos de desenvolver doenças, e também o acesso a proteção da saúde aos cidadãos brasileiros (BRASIL, 1988).

O Código de Defesa do Consumidor estipula que os consumidores têm o direito da garantia da proteção da vida e informações suficientemente claras sobre produtos e serviços que fazem uso. O produto desenvolvido não deve representar risco para a saúde ou segurança dos consumidores. No caso específico de um produto produzido em ambiente industrial, o fabricante deve fornecer todas as informações imprescindíveis, e o produto deve vir acompanhado dessas informações, especialmente a respeito da sua segurança de uso (BRASIL, 1990).

Estudos revelam que o uso de certos excipientes em preparações farmacêuticas tem sido amplamente utilizado na indústria para a fabricação de medicamentos, como a lactose, que pode gerar desconfortos gastrointestinais em pessoas com intolerância a lactose, tanto em crianças como em adultos após sua ingestão. Estas situações podem vir a levar à hospitalização do paciente, ou aumentar o tempo de sua internação, o que afetará a sistema saúde e seu custo, tanto no sistema privado como público. Podemos tratar estes incidentes como questões de saúde pública que precisam ser investigadas, e devemos discutir a legislação envolvida no mecanismo de rotulagem e embalagem de medicamentos para garantir o direito à saúde adequada e a informações claras e acessíveis pelo utilizador (NOVAES, 2020; SENA, 2012; SILVA, 2008).

Os rótulos e embalagens de produtos farmacêuticos não são somente parte do produto acabado, mas parte do marketing farmacêutico, e uma oportunidade para a criação de embalagens comercialmente atrativas e mais chamativas. Dessa forma, surge a necessidade de imposição de normas sanitárias para a rotulagem dos medicamentos (NOVAES, 2020).

A Resolução-RDC Nº 71/2009 é a norma ativa que estabelece as regras, o aspecto e o conteúdo e informações dos rótulos e embalagens de medicamentos no Brasil, o que vem a facilitar o acesso as informações sobre as especificações destes produtos, e garantir seu uso correto e racional (BRASIL, 1999).

De acordo com o Art. 7º da Resolução-RDC Nº 71/2009:

No caso de contra-indicação, precaução ou advertência para o uso de princípios ativos, classe terapêutica e excipientes, devem-se incluir, em **negrito**, as frases de advertências previstas em norma específica.

Na indústria farmacêutica, utiliza-se adjuvantes com o objetivo de auxílio em processos de solubilidade, volume, conservação, palatabilidade, dentre outros. A lactose é um dos excipientes mais utilizados, sendo usado como diluente e edulcorante,

especialmente em produtos sólidos. No entanto, existe a contraindicação da implementação da lactose nessas formulações devido o fato de muitos usuários apresentarem intolerância a lactose. Informações a este respeito não estão presentes na embalagem secundária, somente na bula do produto (AULTON, 2016; NOVAES, 2020).

Um estudo de Silva et al. (2008), executado no Centro de Farmacovigilância do Ceará, identificou 12 produtos que continham a lactose como excipiente. Um exemplo foi o bromazepam, um medicamento de uso controlado que necessita de receita. E também a dipirona, muito difundida no Brasil.

De Castro et al. (2013) fizeram um levantamento bibliográfico sobre a composição de anticoncepcionais por meio da bula e de informações da Anvisa. Nesse estudo foram utilizados seis anticoncepcionais, três eram medicamentos referência, e três eram similares. Em todos foi encontrada a presença de lactose em sua composição.

Germana et al. (2009) realizam uma pesquisa com 42 medicamentos prescritos a pacientes pediátricos e a presença de lactose. Os grupos farmacológicos incluíam analgésicos, antibióticos, corticoides inalatórios, broncodilatadores, dentre outros. Foi encontrada a presença de lactose em 28% dos medicamentos.

Estes estudos evidenciam a presença da lactose em percentuais consideráveis dentre os produtos farmacêuticos analisados. Entretanto, no Brasil ainda não existe legislação para regimentar aos fabricantes a necessidade de adicionar na embalagem a informação da presença do excipiente lactose. Outras informações de alerta já foram inseridas, como o exemplo do corante tartazina, é importante que o mesmo ocorra com a lactose (NOVAES, 2020).

Quanto as reações adversas ocorridas em pacientes intolerantes à lactose, o direito de obter informações de saúde torna-se crucial. Levando em consideração que muitos medicamentos contêm lactose como excipiente, inclusive medicamentos controlados. Caso o usuário tenha alguma reação adversa ao medicamento devido à lactose, o produto não

poderá ser utilizado novamente, sendo necessário que o paciente solicite outra receita ao prescritor. Esses eventos poderiam ser evitados colocando um aviso na embalagem, tendo em vista que as informações sobre os excipientes são inseridas apenas na bula (NOVAES, 2020).

A rotulagem da lactose permitiria que as pessoas portadoras da intolerância viessem a tomar decisões melhores quanto a compra de seus medicamentos. Um projeto de lei foi apresentado a Câmara dos Deputados em 2009 previa submeter os laboratórios farmacêuticos a adicionarem nos rótulos sobre a presença da lactose nos produtos. Apesar da relevância do tema, o projeto de lei foi analisado e arquivado em 2013 (NOVAES, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido a problemática trazida pela intolerância à lactose, milhares de brasileiros limitam-se a não digerir diversos alimentos e medicamentos, acontece que na medicação possui o aviso somente na bula do remédio, ficando omissa a informação na embalagem do produto.

Através de tais questionamentos, elevou-se o estudo, a uma ótica garantidores da equidade, preservando assim o direito legítimo de todos os consumidores, através de uma análise lúcida acerca do assunto.

Outrora, ainda a luz do CDC, pode-se considerar omissão e até falsidade caso leve o consumidor ao erro, como discorrido, demonstra-se o informativo da lactose somente na bula a informação pela metade, ambígua ou incompleta.

De forma que a necessidade da aprovação do projeto de lei (PL) 4.974/2019, para tornar a informação explícita, respeita os direitos do consumidor e suas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AULTON, M. E. Aulton delineamento de formas farmacêuticas. Michael E. Aulton, Kevin M. G. Taylor; Versão digital – 4 ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

BARBOSA, Nathalia Emanuelle de Almeida. intolerância a lactose: revisão sistemática. 2020. Disponível em: <https://prmjournal.org/article/10.4322/prmj.2019.033/pdf/prmjjournal-4-e33.pdf>. Acesso: 22 de abril de 2021

BATISTA. R. A. B. , et. Al. Lactose em alimentos industrializados: avaliação da disponibilidade da informação de quantidade. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/4Qh3Rd46QRJky4nnvqWHrPk/?lang=pt> . Acesso: 22 de abril de 2021

BRASIL, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL, 1999. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/prt0354_11_08_2006.html>. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL, 2019. Resolução RDC nº 71, de 22 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2009/res0071_22_12_2009.html>. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL. RESOLUÇÃO-RDC Nº 71, 2009. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2009/res0071_22_12_2009.html. Acesso em 19 de maio de 2021.

DE CASTRO, A. L. F. M. et al. Avaliação do risco de reações adversas causadas por excipientes em formulações de anticoncepcionais. Revista Contexto & Saúde, v. 10, n. 19, p. 146-149. 2013.

GERMANA, S. P. et al. Presença de corantes e lactose em medicamentos: avaliação e 181 produtos. Rev. bras. alergia imunopatol; v. 32, v.1, p. 18-26, 2009

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor I Bruno Miragem. - 6. ed. rev., atual.e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, et. Al. Estudo sobre intolerância à Lactose entre homens e mulheres de 20 a 60 anos. 2013. Disponível em: http://www.oswaldocruz.com/site/images/trabalhos_cientificos/estudo_intolerancia_lactos_e.pdf. Acesso: 20 de abril de 2021.

NOVAES, M. F. B. **Avaliação das Normas Regulatórias sobre rotulagem e embalagem de produtos farmacêuticos.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 06, Vol. 01, p.44-64, 2020. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/saude/normas-regulatorias>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/saude/normas-regulatorias Acesso em 19 de maio de 2021

SENA, C. S. et al. Excipientes farmacêuticos e seus riscos à saúde: uma revisão da literatura. Rev. Bras. Farm. 93(2): 136-145, 2014.

SILVA, A. V. A. et al. Presença de excipientes com potencial para indução de reações adversas em medicamentos comercializados no Brasil. Rev. Bras. Cienc. Farm., São Paulo, v. 44, n. 3, p. 397-405, 2008.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI QUE ALTERA A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (PROJETO DE LEI Nº 10.887-A DE 2018).

SILVIO LUÍS FERREIRA DA ROCHA:

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUCSP. Doutor e Livre-Docente em Direito Administrativo pela PUCSP. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da PUCSP

Resumo: O presente artigo se propõe a examinar as principais alterações que serão introduzidas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa pelo Projeto de Lei nº 10.887-A, de 2018.

Abstract: This article aims to examine the main amendments that will be introduced in Law 8,429 of June 2, 1992, which provides for administrative misconduct by Bill 10,887-A of 2018.

Sumário: 1. Considerações Gerais. 2. Conceito de Ato de improbidade administrativa. 3. Sujeitos às sanções da Lei de improbidade administrativa. 4. Sanções para os atos de improbidade administrativa. 4.1 Circunstâncias minorantes. 4.2 Medidas preventivas. 5. Legitimados a propor a ação. 5. Legitimados a propor a ação. 6. Requisitos da petição inicial. 7. Requisitos da sentença. 8. Execução da sentença. 9. Repercussão da sentença absolutória penal na ação de improbidade. 10. Prazo prescricional. 10.1 Causas interruptivas e suspensivas. 11. Celebração de acordo de não persecução civil.

1. Considerações Gerais

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 10.887-A de 2018, aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa.

A Lei tutela como bem jurídico protegido a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como meio de assegurar a integridade do patrimônio público e social. Os atos de improbidade violam o patrimônio público e social dos Poderes constituídos, bem como da administração direta e indireta no âmbito dos entes federativos.

O presente artigo se propõe a analisar as principais alterações sugeridas no referido projeto de lei.

2. Conceito de Ato de improbidade administrativa

Atos de improbidade são atos que atentam contra a moralidade, a honestidade e a legalidade. São atos qualificados de imorais, desonestos ou ilegais. Esses atos, por si só, ofendem valores importantes ao ordenamento jurídico.

A lei considera atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos artigos 9º, 10 e 11 que lesem de forma relevante o bem jurídico tutelado. A lei considera dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos referidos artigos. Não basta a voluntariedade do agente. Assim, como principal alteração, nos teríamos a redefinição do conceito de ato de

improbidade administrativa para afastar dele os atos culposos praticados pelo agente no exercício de função pública.

O artigo 9º cuida do ato de improbidade administrativa que importa em enriquecimento ilícito e consiste em auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade.

O artigo 10 cuida do ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário e que consiste em qualquer ação ou omissão dolosa, que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º.

O artigo 11 cuida do ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública e que consiste na ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade.

De acordo com o projeto o exercício de função ou o desempenho de competências públicas sem comprovação de ato doloso com fim ilícito não configura ato de improbidade administrativa. Também não configura a improbidade administrativa a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa, baseada em jurisprudência controvertida.

A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade.

3. Sujeitos às sanções da Lei de improbidade administrativa

Estão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa os agentes públicos definidos no artigo 2º como o agente público, o agente político, o servidor público e aquele que exerce, por qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades.

Também estão sujeitos àqueles que concorreram para o ato, pela indução, auxílio ou participação dolosas, entre eles, os sócios, cotistas, diretores e colaboradores de pessoa jurídica de direito privado.

Subordinam-se aos efeitos da Lei de Improbidade Administrativa os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, que celebrem convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termos de parceria, cooperação ou ajuste administrativo equivalente.

A lei também alcança os sucessores ou herdeiros como responsáveis no que diz respeito a obrigação de repará-los até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido.

No caso de pessoa jurídica a responsabilidade aplica-se na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária, limitada a obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido.

Quando o ato puder ser qualificado de ato lesivo à Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.846, de 2013, as pessoas jurídicas não ficarão sujeitas às **sanções da Lei de improbidade administrativa**.

Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade.

4. Sanções para os atos de improbidade administrativa

Como sanções aos atos de improbidade administrativa estão previstos:

- a) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) também estão previstos a perda da função pública, restrita ao vínculo de mesma qualidade e natureza que o agente público ou político detinha com o poder público na época do cometimento do ato de improbidade administrativa, extensível, em certas hipóteses, em caráter excepcional, aos demais vínculos;
- c) a suspensão dos direitos políticos;
- d) a imposição de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial, que pode ser dobrada em virtude da situação econômica do réu;
- e) a proibição de contratar ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios com o ente lesado, que, em situações excepcionais, pode extrapolar o ente público lesado pelo ato de improbidade;

As sanções somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

De acordo com orientação do Superior Tribunal de Justiça, o magistrado não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração.

4.1 Circunstâncias minorantes

O projeto prevê a existência de circunstâncias minorantes. Assim, os casos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados podem resultar na aplicação de sanção limitada a aplicação de multa, ao ressarcimento do dano e a perda dos valores obtidos.

Ademais, o projeto prevê a possibilidade de compensação de indenizações quando houver o ressarcimento do dano nas distintas esferas de responsabilização.

4.2 Medidas preventivas

O projeto de lei prevê a possibilidade de pedido antecedente ou incidente de indisponibilidade de bens a fim de assegurar a recomposição integral do erário ou eliminar o acréscimo patrimonial resultante de enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade implica no bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior.

A indisponibilidade de bens pressupõe a demonstração de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo; pressupõe também a probabilidade da ocorrência dos atos descritos. Há aqui uma radical alteração em relação a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça

que dispensava a demonstração de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo para decretação da indisponibilidade de bens. O Superior Tribunal de Justiça admitia a decretação da indisponibilidade dos bens ainda que não demonstrado riscos de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial que dificulte ou impossibilite eventual ressarcimento futuro.

A indisponibilidade pode ser decretada após a oitiva prévia do réu ou sem a sua oitiva se houver o receio de que a oitiva frustre a efetividade da medida.

O valor da indisponibilidade corresponde a uma estimativa do dano, sem incluir os valores aplicados a título de multa civil ou acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita.

A indisponibilidade pode ser substituída por garantias, como caução, fiança bancária, seguro-garantia.

Assegura-se ao réu um mínimo existencial consistente na proibição da decretação de indisponibilidade de quantia de até 40 (quarenta) salários-mínimos depositados em aplicações ou contas correntes e ainda sobre o bem de família, exceto se comprovado que ele foi fruto de vantagem patrimonial indevida.

5. Legitimados a propor a ação

Houve aqui outra alteração significativa na medida em que o projeto de lei diminui o rol de pessoas legitimadas a propor a ação de improbidade, concentrando-a no Ministério Público, observado o CPC.

A ação será proposta perante o foro do local onde ocorrer o dano ou da pessoa jurídica prejudicada.

A propositura da ação previne a competência do juízo para todas as ações posteriores.

6. Requisitos da petição inicial

A petição inicial deve individualizar a conduta do réu; apontar elementos probatórios mínimos; instruir com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo. A petição inicial será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Após a réplica do Ministério Público, o juiz proferirá decisão na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor.

7. Requisitos da sentença

A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil):

I - Indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos;

II – Considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos;

III – Considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente;

IV – Considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa: a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; c) a extensão do dano causado; d) o proveito patrimonial obtido pelo agente; e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; f) a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; g) os antecedentes do agente;

V – Considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente;

VI – Considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas;

VII - Indicar, na apuração da ofensa a princípios, critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção.

Não haverá remessa necessária.

8. Execução da sentença

A sentença que julgar procedente a ação fundada nos arts. 9º e 10 da Lei condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Se houver necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada procederá a essa determinação e ao ulterior procedimento para cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens.

Caso a pessoa jurídica prejudicada não adote as providências no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da sentença de procedência da ação, caberá ao Ministério Público proceder à respectiva liquidação do dano e ao cumprimento da sentença referente ao ressarcimento do patrimônio público ou à perda ou à reversão dos bens, sem prejuízo de eventual responsabilização pela omissão verificada.

Para fins de apuração do valor do ressarcimento, deverão ser descontados os serviços efetivamente prestados.

O juiz poderá autorizar o parcelamento, em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais corrigidas monetariamente, do débito resultante de condenação pela prática de improbidade administrativa se o réu demonstrar incapacidade financeira de saldá-lo de imediato.

A requerimento do réu, na fase de cumprimento da sentença, o juiz unificará eventuais sanções aplicadas com outras já impostas em outros processos, tendo em vista a eventual continuidade de ilícito ou a prática de diversas ilicitudes, observado o seguinte:

I – No caso de continuidade de ilícito, o juiz promoverá a maior sanção aplicada, aumentada de 1/3 (um terço), ou a soma das penas, o que for mais benéfico ao réu;

II – No caso de prática de novos atos ilícitos pelo mesmo sujeito, o juiz somará as sanções.

As sanções de suspensão de direitos políticos e de proibição de contratar ou de receber incentivos fiscais ou creditícios do poder público observarão o limite máximo de 20 (vinte) anos.

9. Repercussão da sentença absolutória penal na ação de improbidade

As sentenças civis e penais produzirão efeitos em relação à ação de improbidade quando concluírem pela inexistência da conduta ou pela negativa da autoria.

A absolvição criminal em ação que discuta os mesmos fatos, confirmada por decisão colegiada, impede o trâmite da ação da qual trata esta Lei, havendo comunicação com todos os fundamentos de absolvição previstos no art. 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei.

10. Prazo prescricional

O prazo de prescrição é de 8 (oito) anos contados da ocorrência do fato ou de sua cessação no caso de infrações permanentes.

10.1 Causas interruptivas e suspensivas

A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão.

O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante justificativa fundamentada.

Encerrado o prazo previsto, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil.

O prazo da prescrição referido no caput deste artigo interrompe-se:

I – pelo ajuizamento da ação de improbidade administrativa;

II - pela publicação da sentença condenatória;

III - pela publicação de decisão ou acórdão de Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal que confirma sentença condenatória ou que reforma sentença de improcedência;

IV - pela publicação de decisão ou acórdão do Superior Tribunal de Justiça que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência;

V - pela publicação de decisão ou acórdão do Supremo Tribunal Federal que confirma acórdão condenatório ou que reforma acórdão de improcedência.

Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo.

A suspensão e a interrupção da prescrição produzem efeitos relativamente a todos os que concorreram para a prática do ato de improbidade.

Nos atos de improbidade conexos que sejam objeto do mesmo processo, a suspensão e a interrupção relativas a qualquer deles estendem-se aos demais.

O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos, transcorra o prazo prescricional.

11. Celebração de acordo de não persecução civil

O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados:

I – O integral ressarcimento do dano;

II – A reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados.

A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente:

I - Da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação;

II - De aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação;

III - De homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Em qualquer caso, a celebração do acordo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso.

Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.

O acordo de não persecução no cível poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória.

As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor.

O acordo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas.

Em caso de descumprimento do acordo, o investigado ou o demandado ficará impedido de celebrar novo acordo pelo prazo de 5 (cinco) anos, contado do conhecimento pelo Ministério Público do efetivo descumprimento.

12. Conclusão

O Projeto de Lei nº 10.887-A de 2018, aprovado na Câmara dos Deputados e remetido ao Senado Federal, que altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa propôs inúmeras alterações na atual legislação, eliminando alguns entendimentos que agravavam a esfera jurídica dos acusados de cometerem atos de improbidade administrativa. Comparado com a atual legislação, o projeto fornece um tratamento menos rigoroso, mas mais ajustado a ideia de devido processo legal em sentido substancial.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE TARIFAÇÃO DE DANOS IMPLEMENTADOS PELA LEI DE REFORMA TRABALHISTA.

RENATA APARECIDA BORGES PEREIRA DA SILVA ASSUMPÇÃO:
Estudante de Direito pelo Centro Universitário Una Betim. Estagiária do Gabinete da 1º Vara de família de Betim.

FERNANDO HENRIQUE PEREIRA ARCÂNGELO

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a tarifação sobre os danos extrapatrimoniais, e os seus impactos na vida do empregado, observando seus efeitos jurídicos de acordo com as normas e princípios normativos vigentes. Visto que, com esse novo modelo de tarifação de danos extrapatrimoniais, o empregado poderá ser indenizado de maneira desigual a seus superiores (hierarquicamente falando), portanto, apontamos aqui uma possível inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017, que refere gravemente o princípio da Isonomia e o da Dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Reforma Trabalhista. Princípios. Isonomia.

ABSTRACT: This article aims to address the charging of off-balance sheet damage, and its impacts on the worker's life, observing its legal effects in accordance with the norms and normative principles in force. Since, with this new off-balance sheet damage pricing model, the employee may be indemnified unequally to his superiors (hierarchically speaking), therefore we point out here a possible unconstitutionality of Law 13,467/2017, which seriously refers to the principle of Isonomy and the of the Dignity of the human person.

Keywords: Labor Reform. Principles. Isonomy.

1. INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista foi efetivada pela lei 13.467/2017, e posteriormente modificada pela Medida provisória nº 808, de 14 de Novembro de 2017.

Os artigos. 223-A 223-G da CLT, que tratam sobre “dano extrapatrimonial”, agora trazem consigo, os direitos passíveis de violação, e quais os critérios para a caracterização do dano extrapatrimonial tanto para pessoa física, bem como para pessoa jurídica. O §1º do art. 223-G da CLT tabelou e limitou a fixação judicial da compensação pecuniária por dano moral.

. A partir dessa nova legislação, fica entendido que será julgado os danos extrapatrimoniais em quatro níveis de ofensas (leve, média, grave e gravíssima), e é conforme a “gravidade” e o dano ocorrido que será definido a compensação pelo o fato, ou seja, não irá depender do grau de culpa do empregador, do seu aspecto econômico e

da maneira como cada pessoa foi atingida e lesada. Percebe-se que, sendo a ofensa de natureza gravíssima, a mesma pode chegar a 50(cinquenta) vezes o último salário contratual do empregado. Isso implica na enorme desigualdade indenizatória do dano.

Ressalta-se que a limitação em análise contrária, não obstante, os incisos V e X do art. 5º e o inciso XXVII do art. 7º da Constituição, que preveem expressamente a compensação por danos morais e não estabelecem qualquer possibilidade de limitação.

1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho visa analisar em que medida a regulamentação legal do dano extrapatrimonial trabalhista promovida pela Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), posteriormente modificada pela Medida Provisória nº. 808, de 14 de novembro de 2017, que veio causando um forte impacto e resultando em inúmeras incertezas na tutela coletiva do trabalhador, especificamente ao dano moral coletivo.

A forma como foi feita essa implementação substancial, fez a margem de interpretações ferirem a hermenêutica jurídica, e os princípios constitucionais como o da Isonomia e o da Dignidade da pessoa humana.

Senão vejamos:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.'

'Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a

esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.'

"Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física."

Ao analisar os artigos supramencionados, percebe-se que há uma descaracterização dos princípios constitucionais, como os direitos da personalidade da pessoa humana que são tutelados na relação de trabalho, pois esses direitos devem ser observados e protegidos, pois se tratando de uma lei infraconstitucional a hermenêutica estas normas deveriam estar sempre em consonância com a Constituição Federal.

É notório, que *"O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos."* (MAURICIO; GABRIELA, p.145, 2017).

Frise-se, que uma norma deverá ser usada em conjunto com métodos de interpretação, e ser aplicada conforme o caso concreto, e não usar somente a interpretação gramatical e literária. Nota-se que isso ocorre nos artigos 223-A até o 223-C, já eles são utilizados de forma, a qual transparece serem absolutos.

Observa-se que o artigo 223-A ao referir que os danos extrapatrimoniais aplicam-se somente ao dispositivo deste título ignorando toda interpretação lógica racional, sistemática e teleológica, conforme Mauricio Godinho e Gabriela apontam: *"demonstra, às escâncaras, que há um conjunto normativo geral mais forte, superior, dado pela Constituição de 1988 e pelas normas internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil"*(p.145, 2017).

Sendo assim, deve haver uma ligação na esfera do ordenamento jurídico Brasileiro conectando as áreas da ciência jurídica, como também a interpretação análoga feita pelo magistrado, conforme preceitua Cavalcante e Jorge Neto:

"A responsabilidade civil exige uma visão multidisciplinar, de forma que o operador do direito faça uma sistemática entre as diversas áreas da Ciência Jurídica (Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Previdenciário, Direito do Trabalho). como também o magistrado não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico" (2019).

No entanto, o texto trás uma divergência inerente a forma que deve ser aplicado esses conjuntos sistemáticos da ciência jurídica ao interpretar as normas, conforme percebemos na própria lei seca dos artigos 223-A ao 223-C, esses conceitos foram banalizados, trazendo certa superioridade nestes dispositivos, de acordo com a análise mencionada pelo presente estudo.

Portanto vale salientar que o princípio intrínseco a Constituição federal, serve como parâmetro para as normas infraconstitucionais. Veja o seguinte artigo e seus respectivos incisos:

'Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I - a natureza do bem jurídico tutelado; li - a intensidade do sofrimento ou da humilhação; m - a possibilidade de superação física ou psicológica; IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI - as condições em que

ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII - o grau de dolo ou culpa; VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X - o perdão, tácito ou expresso; XI - a situação social e econômica das partes envolvidas; XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

Notamos claramente que houve uma taxação na aplicação dos critérios para as indenizações dos danos sofridas decorrente da relação de trabalho, que é proibido de acordo com os princípios alicerces do ordenamento jurídico, e que possui força normativa e interpretativa e que são amparados pela constituição.

Como o princípio da Isonomia, que tem por objetivo equiparar as diferenças entre os indivíduos, previstas no art. 5º da CF/88. "Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. "Ou seja, ao fazer uma limitação aos valores de acordo, com os salários dos titulares do direito violado, há uma diferenciação dos indivíduos, o que pelo ordenamento e o princípio em debate, está vedado.

Deste modo as novas regras, assim estabelecidas e adotadas pelo artigo 223-G e seus incisos, diverge com os parâmetros existenciais do princípio da Isonomia e o princípio da Dignidade da pessoa humana, sendo assim, acreditamos que para nós operadores do Direito enfim possamos ter uma sociedade igualitária e justa (principalmente se tratando de relações trabalhistas), precisamos apontar possíveis inconstitucionalidades como essa.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

O referencial teórico da presente pesquisa foi estruturado com a finalidade de especificarmos a visão de alguns doutrinadores em relação aos danos extrapatrimoniais, à luz de princípios constitucionais e trabalhistas.

Destarte, elencamos os seguintes tópicos:

2.1 A MODIFICAÇÃO DO CONTEXTO DE DANO MORAL PARA DANO EXTRAPATRIMONIAL

Inicialmente para esta parte teórica da pesquisa, apresentaremos o entendimento proposto por Vólia Bomfim Cassar (2018,p.200), que menciona:

Desde a Constituição de 1988, o dano moral ou extrapatrimonial não está mais atrelado apenas à dor, tristeza, sofrimento humano. A doutrina e a jurisprudência evoluíram para abraçar também a violação ao nome, à imagem, à voz, à estética. Abandonou-se, com isso, a ideia de que só sofre dano moral a pessoa natural ou o indivíduo, para atingir também a coletividade ou a pessoa jurídica (Súmula 227 do STJ).

Por meio desse conceito, a análise feita perante a essa mudança é clara, não somente ao nome do instituto, mas sim, a sua estrutura que antes, tinha sua abrangência em um aspecto totalmente emocional e sentimental do indivíduo, e se tratava apenas de pessoa física. Já atualmente percebe-se que o novo conceito nomeado “Dano Extrapatrimonial” tenta de toda forma, descaracterizar essa composição, trazendo em seu contexto toda a coletividade, sendo pessoa física, como também pessoa jurídica.

Para Maurício Godinho Delgado:

O novo Título II-A da CLT tenta descaracterizar esse avanço cultural e jurídico, por meio de nítida equalização de situações e conceitos jurídicos distintos. Segundo a nova Lei, não cabe mais falar em dano moral, dano estético e correlato: simplesmente despontam os danos extrapatrimoniais, quer de trabalhadores, quer de empresas, que se tomam bastante similares e equivalentes, aparentemente desvestidos da força constitucional inspiradora deflagrada em 1988 em benefício da pessoa humana.

2.2 A POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/2017.

No aspecto constitucional a reforma trabalhista implementada pela lei 13.467/2017, trouxe várias lacunas a serem preenchidas, pois há uma enorme superioridade, trazida pelo seu texto, percebe-se diante do dispositivo do art. 223-A ao 223-G da CLT.

Para Delgado *“essas lacunas devem ser preenchidas dentro da sistemática do ordenamento jurídico, pois o dano extrapatrimonial vai além da literalidade do texto do título II-A da CLT, deve ser interpretado de forma lógica racional, sistemática e teleológica do preceito legal, não sendo superior a constituição, mas em consonância.”* (2017). Desta forma, fica claro que a interpretação destes dispositivos deve ser de acordo com os princípios constitucionais, o qual veda que uma lei infraconstitucional suprima a lei maior. Nesse sentido Fernanda Teixeira expõe:

O dispositivo 223-A na sua literalidade extingue a previsão qualquer instituto que regularize os danos extrapatrimoniais, oriundo da relação de trabalho, no entanto, há lacunas, pois nem todos os artigos do título em estudo, consegue regular o tema, e, no entanto, impede que qualquer preceito regulador das normas, seja aplicado dentro desse título, exemplo são as interpretações por analogia e pelos princípios norteadores das normas vigentes, tornado a própria lei superior a constituição. (p.44,45. 2019)

Como evidenciado, há certa superioridade interposta nos dispositivos desta lei, fazendo uma distinção entre empregado (pessoa física) e empregador (pessoa jurídica), os tratando de forma totalmente desigual.

De acordo com Noêmia Garcia Porto:

O uso de parâmetro salarial ou de situação econômica ou de teto previdenciário ou qualquer outro similar, como limite à reparação, despreza a necessidade de se considerar as singularidades de cada caso, afrontando inequivocamente a isonomia.

Isso porque, a se pensar de tal maneira, empregados com uma remuneração melhor, sempre receberam indenizações maiores, se comparados aos menos remunerados.

No mesmo sentido, afirma Fabrício Carneiro:

A reforma ignorou completamente os direitos e garantias fundamentais, ao taxar os valores indenizatórios consequente da relação de trabalho e limitando a matéria tratada em seus instituto. (2017)

Notoriamente, constata-se que o artigo 5º da Constituição Federal e, o princípio da Isonomia, que o acompanha, foram afrontados. Sendo assim, foram propostas duas ações

diretas de inconstitucionalidade, a ADI 5870 e a ADI 6050, que competem e trás ressalvas as grandes inconformidades que o artigo 223-G §1º, da CLT apresenta. José Affonso Dallegrave Neto exemplifica:

Se não bastasse, o art. 223-G, § 1º, incisos I até IV, estabelece tarifação da indenização por dano extrapatrimonial, se esquecendo que a Constituição da República afasta o critério de tarifação da indenização por dano moral, em seu art. 5º, V, ao mencionar, enfaticamente, a noção de proporcionalidade. Nesse contexto, a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica desses dispositivos legais rejeita a absolutização do tarifamento efetuado pela nova lei, considerando a tabela ali exposta basicamente como um parâmetro para a fixação indenizatória pelo Magistrado, mas sem prevalência sobre a noção jurídica advinda do princípio da proporcionalidade-razoabilidade. (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 2017)

2.3A LIMITAÇÃO DOS VALORES

O novo §1º do art. 223-G da CLT tabelou e limitou a fixação judicial da compensação pecuniária por dano moral, nos seguintes termos:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

A partir dessa nova legislação, fica entendido que será julgado os danos extrapatrimoniais em quatro níveis de ofensas (leve, média, grave e gravíssima), e é conforme a “gravidade” e o dano ocorrido que será definido a compensação pelo o fato, ou seja, não irá depender do grau de culpa do réu, do seu aspecto econômico e da maneira como cada pessoa foi atingida e lesada, mas sim, como se encontra tabelado.

Mauricio Godinho Delgado questiona o novo modelo de tarifação:

“Sem tais adequações interpretativas, propiciadas pelas técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, o resultado atingido pela interpretação literalista será inevitavelmente absurdo, tal como: a) admitir que a ordem jurídica diferencie as afrontas morais em função da renda das pessoas envolvidas (art. 223-G, § 1º, I, II, III e N); b) admitir que a indenização devida por uma pessoa humana a uma empresa (e vice-versa) se mede pelos mesmos parâmetros monetários do cálculo de uma indenização devida por uma empresa (independentemente de ser líder mundial ou continental de mercado, ou não) a uma pessoa humana (art. 223-G, § 2º); c) admitir que a reincidência cometida por certa empresa (que é um ser coletivo, lembre-se) somente se computa se for perpetrada contra a mesma pessoa física (§ 3º do art. 223-G).”

Em suma, podemos observar que, a legislação foi violada, ao querer tratar de pessoa física e jurídica em um mesmo contexto indenizatório, querendo tabelar de modo desproporcional, cada indivíduo de uma maneira diferenciada. Sendo que, quando se trata de danos, sendo eles estéticos, físicos, morais, ou patrimoniais, deve-se ter seu valor fixado para toda a coletividade de forma igualitária.

3 METODOLOGIA

Para a construção desta pesquisa, nós realizamos uma análise comparativa da própria lei 13.467/2017 e de suas alterações elencadas pela medida provisória nº808.

Sendo assim, apontamos a possível inconstitucionalidade deste novo modelo de tarifação de danos extrapatrimoniais frente ao artigo 5º da Constituição Federal e do princípio da Isonomia.

Em seguida, empregamos o método de estudo de caso, tendo como base, a forma que a Mineradora Vale utilizou para indenização, perante a tragédia em Brumadinho.

Segundo Yin(2001,p.32 O Estudo de caso deve ser a melhor estratégia quando se quer responder questões “como” e “porque” sobre um assunto específico a partir de pesquisas qualitativas.

Por fim, utilizamos bibliografias, enriquecidas com jurisprudências e entendimentos doutrinários.

5- REFERÊNCIAS

BRASIL, **Consolidação das leis Trabalhistas**. Decreto Lei nº 5.452, de maio de 1943. disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.> Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL, **Constituição da república federativa**. Brasília, DF: Planalto.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 06 de maio de 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Resumo de direito do trabalho**. ed. 6º, São Paulo: Método, 2018.

CARNEIRO, Fabricio Segato. **A (in)constitucionalidade da tarifação do dano Extrapatrimonial na Reforma Trabalhista**. Publicado em 2017. Disponível em <<https://fabricioseगतocarneiro.jusbrasil.com.br/artigos/481499245/a-in-constitucionalidade-da-tarifacao-do-dano-extrapatrimonial-na-reforma-trabalhista>> Acesso em: 12 de maio de 2020

FERNANDA, Rodrigues Teixeira. **O Dano Extrapatrimonial no Direito do trabalho, uma análise crítica sobre a inconstitucionalidade**. publicado em 20 de Maio de 2019. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/26450/1/DanoExtrapatrimonialDireito.pdf>> acesso em 06 de maio de 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadro Pessoa. **Direito do Trabalho**. ed.9º. São Paulo: Atlas, 2019.

MAURÍCIO, Goldinho Delgado; GABRIELA, **Neves Delgado. A Reforma Trabalhista no Brasil, com comentários à lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017

PORTO, Noemia Garcia. **Julgamento no STF: é constitucional tarifar o sofrimento alheio?** Publicado em 03 de outubro de 2019. <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/28839-tarifacao-do-dano-extrapatrimonial-e-tema-de-artigo-da-presidente-da-anamatra>> Acesso em 10 de maio de 2020.

ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E RISCO À ORDEM PÚBLICA SEGUNDO O DISCURSO DO STJ

JAIR ANTÔNIO SILVA DE LIMA:

Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania (UFBA). Bacharel em Direito (UFBA). Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos e Cidadania da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O discurso de medo em torno do fenômeno criminoso organizado ganha a cada dia mais espaço na pauta do Estado e dos veículos de comunicação, criando uma sensação generalizada de insegurança, denominada por Beck (2011) de atomização do risco. Essa atomização do risco na sociedade pós-industrial é utilizada como fundamento para manutenção de prisões provisórias, sob o argumento de garantia da ordem pública. No entanto, em posicionamento diametralmente oposto, parte da doutrina tem severas críticas ao conceito aberto de garantia da ordem pública. A presente pesquisa parte da seguinte pergunta: Qual a visão do STJ a respeito do risco à ordem pública ao se debruçar em casos envolvendo organizações criminosas? O objetivo é compreender a concepção do STJ em torno do discurso de risco/garantia à ordem pública. Parto da noção de que a decisão judicial é um discurso e, por consequência, é instrumento de dominação (FOUCAULT, 1998). Observou-se que o STJ continua a exigir o risco concretamente demonstrado como requisito autorizador da prisão cautelar. No entanto, o Tribunal tem compreendido que os crimes praticados por organizações criminosas possuem maior desvalor e, sob essa premissa, feito uma leitura do elemento risco à ordem pública a partir do contexto social contemporâneo.

Palavras-chave: Organizações criminosas; ordem pública; risco; discurso; poder.

ABSTRACT: The discourse of fear around the organized crime phenomenon is gaining more space on the agenda of the State and of the media, creating a generalized feeling of insecurity, called by Beck (2011) the atomization of risk. This atomization of risk in post-industrial society is used as a basis for maintaining provisional prisons, under the argument of guaranteeing public order. However, in a diametrically opposite position, part of the doctrine makes severe criticisms of the open concept of guaranteeing public order. This research starts from the following question: What is the view of the STJ regarding the risk to public order when dealing with cases involving criminal organizations? The objective is to understand the conception of the STJ around the discourse of risk/guarantee of public order. I start from the notion that the judicial decision is a discourse and, consequently, is an instrument of domination (FOUCAULT, 1998). It was observed that the STJ continues to demand the concretely demonstrated risk as an authorizing requirement for provisional detention. However, the Court has understood that the crimes committed by criminal

organizations have greater disvalue and, under this premise, it has made a reading of the element of risk to public order from the contemporary social context.

Keywords: Criminal organizations; public order; risk; discourse; power.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Sociedade de Risco e Organizações Criminosas. 2.1. Sociedade de Risco em Ulrich Beck. 2.2. A Criminalidade Organizada na Sociedade Contemporânea. 3. Decisão Judicial, Discurso e Poder. 4. Risco à Ordem Pública nas Decisões do STJ. 5 Considerações Finais. 6. Referências

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro tem reiteradamente falhado em sua missão de dispensar proteção adequada dos direitos humanos fundamentais do cidadão. No atual contexto político-social, a violência constitui um problema público, passando a alimentar na coletividade sentimentos de medo e insegurança.

A atuação de organizações criminosas (orcrim`s) cada vez mais sofisticadas e complexas, encontra na sociedade de risco o ambiente fértil para a expansão de suas atividades e dissimulação dos crimes e de seus executores. Estas organizações, superando o modelo chamado tradicional, caracterizado pelo emprego da violência direta à população e domínio territorial, hoje são constituídas de diversas outras formas, a exemplo do modelo endógeno, que atua no interior das estruturas do Estado, com especialização na prática de crimes contra a administração pública e corrupção em seu mais amplo sentido, trazendo como reflexo o dano ao erário, o desmantelamento do serviço público, além de potencializar a violência contra o cidadão.

Como destacam Bitencourt e Busato (2013, p. 313), “o avanço tecnológico oferece uma exponencial ampliação das possibilidades de atividades e relações sociais e que parte delas, obviamente, deriva para práticas ilícitas”. Acrescenta ainda que estas práticas são facilitadas pelo perfil global de circulação de capitais e informações, de modo que, não seria de estranhar que o aparato persecutório igualmente buscasse instrumentalizar-se no sentido de promover os objetivos de controle social do intolerável.

Considerando este cenário, este trabalho tem por objetivo compreender qual a concepção de risco e de que modo o STJ fundamenta suas decisões em torno do discurso de risco/garantia à ordem pública em face de ações de grupos criminosos organizados.

Adoto como referencial teórico a sociedade de risco de Ulrich Beck (2011), para trabalhar a noção de atomização do risco e insegurança generalizada, e a análise do discurso e concepção de poder de Foucault (1998; 1999).

Como ferramenta à disposição do poder, o discurso dos Tribunais Superiores revelado no corpo social possui a capacidade de influenciar o comportamento da sociedade, contribuindo também para fixar entendimento no âmbito do próprio Poder Judiciário. Assim, adoto a teoria de análise do discurso de Foucault (1998; 1999), tendo em vista que a produção do discurso é controlada, organizada e distribuída por meio de procedimentos cuja função seria dominar o

acontecimento e conjurar poderes. Utilizo a concepção foucaultiana de limites internos de controle e delimitação dos discursos, chamados de princípios de rarefação, que funcionam como princípios de classificação, de ordenação, de distribuição, em especial, o comentário, autor e a disciplina.

O objeto empírico desta pesquisa é constituído por 61 acórdãos do STJ, prolatados em sede de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* envolvendo integrantes de organizações criminosas.

2 SOCIEDADE DE RISCO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSAS

As transformações verificadas na sociedade contemporânea representam grande desafio para todos os atores sociais. A velocidade da informação e comunicação, os avanços tecnológicos e industriais têm rompido barreiras geográficas, unificado sistemas e “reduzido” distâncias. Esses são alguns dos efeitos do fenômeno da globalização que traz consigo não apenas as comodidades, mas também reconfigura práticas sociais e expõe o cidadão a riscos. Diante desses e de outros fatores, esta sociedade tem sido chamada de sociedade de riscos, também apontados como efeitos do processo de globalização.

Analisando as múltiplas faces da globalização, Milton Santos (2011, p. 09) a concebe como perversa em sua essência e enganosa em sua aparência, destacando que devemos considerá-la em pelo menos três tipos. O primeiro tipo destacado “seria o mundo tal como nos fazem vê-lo: a globalização como fábula; o segundo seria o mundo tal como ele é: a globalização como perversidade; e o terceiro o mundo como ele pode ser: uma outra globalização”.

Nesse paradoxo, a crescente insegurança e o medo são expoentes do novo catálogo de riscos que aportam no seio da sociedade globalizada, ao lado de suas conquistas científicas e da crença na fábula que mascara a perversidade e desigualdade decorrentes deste processo.

2.1 Sociedade de Risco em Ulrich Beck

Esse modelo social foi denominado por Ulrich Beck (2011) como sociedade de risco, expressão difundida na obra “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”. Neste estudo, o autor realiza uma análise da sociedade a partir da concepção de risco, defendendo que vivemos um momento de ruptura no interior da própria modernidade, que não implicaria no fim, mas sim uma reconfiguração social e uma assunção de novos contornos, que operam modificações em diversos âmbitos, desde o comportamento do cidadão, influenciando a política e a economia. Para ilustrar seu pensamento, Beck utiliza o recurso metafórico, comparando as transformações encenadas na atualidade com o rompimento do antigo regime da sociedade estamental

É nessa mesma linha de compreensão e socorrendo-se de metáfora análoga que Bauman (2001, p. 234) sustenta que a modernidade líquida (o que para outros autores seria a pós-modernidade) não mantém suas características de forma rígida, como ocorria na modelo social anterior, exigindo mobilidade e capacidade de adaptação. Desse modo, em uma sociedade de riscos em elevada velocidade de mudanças, onde ocorre o derretimento dos paradigmas, exige-se cada vez mais que os meios de controle social sofram reformulações em suas estruturas.

Beck (2011, p. 27-28), ao discorrer sobre as características da sociedade de risco, apresenta cinco teses que confirmariam a sua dinâmica política e o potencial de autoameaça civilizatória: (1ª) os riscos são criados sistematicamente, são frequentemente irreversíveis e invisíveis; (2ª) os riscos produzem um "*efeito bumerangue*", pois atingem, cedo ou tarde, quem os produziu e quem deles se beneficiou – nem os ricos e os poderosos estariam seguros; (3ª) a expansão dos riscos não rompe a lógica capitalista, ao contrário, a criação e exploração comercial dos riscos os transforma em um grande negócio (*big bussines*); (4ª) o conhecimento dos riscos adquire nova relevância política e gera consciência diferenciada sobre seus efeitos; (5ª) a sociedade de riscos é a sociedade das catástrofes, na qual o estado de exceção (ameaça) converte-se em normalidade.

De fato, com a ampliação dos perigos, surgem novos desafios à democracia, pois, neste modelo social, os riscos são de origem humana. Ao contrário do que ocorria até a Idade Média, os riscos não podem mais ser imputados ao exterior, ao inumano, mas são verificados na adquirida capacidade das pessoas de autodestruição, por essa razão podem ser chamados de riscos da modernização (BECK, 2011, p. 275). Para este sociólogo, a humanidade tornou-se a ameaça e, ao mesmo tempo, a promessa de superação da ameaça que ela produziu.

Beck (2011, p. 38) acrescenta que a sociedade de riscos tem por característica a irresponsabilidade generalizada pelos danos causados. Para este sociólogo alemão, os sistemas de produção e distribuição dos riscos são complexos, dificultando a identificação específica de atos e sua relação causal com o dano provocado. Dessa forma, existe uma interdependência sistêmica de atores especializados que conduz a inviabilização de se identificar causas específicas e responsabilidades isoláveis, pois a "altamente diferenciada divisão do trabalho implica uma cumplicidade geral e esta, por sua vez, uma irresponsabilidade generalizada" (BECK, 2011, p. 38-39). Este ambiente de impunidade fomenta a continuidade das atividades ilícitas consistente na reiteração criminosa, sobretudo aquelas que garantem os interesses econômicos de redes de empresas. Se concebemos a ideia de prevenção geral da pena e, em face disso, cremos que a ameaça de punição é fator inibidor da prática criminosa, o raciocínio inverso também é possível: a certeza de impunidade fomenta a criminalidade.

Curiosamente, a sociedade de risco evidencia um aparente paradoxo. Se, por um lado, o avanço tecnológico propicia comodidades e conforto ao indivíduo, apresenta como “reação adversa” os riscos inerentes ao próprio desenvolvimento. Os mesmos instrumentos que unificam e aproximam, dissolvem e fragmentam. A tecnologia da informação possibilita arranjos empresariais e econômicos, como também foi capaz de facilitar a comunicação e possibilitar o entrelaçamento de grupos criminosos em diversas partes do mundo, dificultando a sua identificação por meio de fragmentação da conduta entre vários membros da organização e utilização de identidades virtuais falsas para camuflar a autoria.

2.2 A criminalidade organizada na sociedade contemporânea

Para além da insegurança relacionada à ação antrópica e suas consequências no ambiente, temos nos deparado com a criminalidade altamente sofisticada que corrompe o poder político e afeta o sistema econômico. Ações como aquelas identificadas na política brasileira nas operações policiais denominadas Sanguessuga, Satiagraha, Mensalão, dos Correios e Castelo de Areia, demonstram a fragilidade dos sistemas político e jurídico ante o poder econômico das organizações criminosas⁸⁰.

A definição de organização criminosa é tema controvertido e complexo. Em diversas obras, sociólogos, cientistas políticos, juristas e estudiosos da violência em geral apresentaram definições distintas, apontando elementos que entendem serem características básicas desse tipo de grupo criminoso. O que observamos em breve revisão da literatura é que a produção acadêmica aborda o fenômeno da criminalidade organizada no Brasil desde a década de 90 do século passado, mas notadamente como tema secundário ao estudo da violência, em especial à dinâmica do tráfico de drogas. São poucas as obras que encontramos nesse período que tem como objeto principal de estudo as chamadas orcrim`s.

Ao se debruçar sobre fenômeno de tão elevada complexidade como o que enfrentamos neste trabalho, o pesquisador precisa estar ciente de que todas as fontes possuem limitações, sejam elas oficiais, a imprensa, ou estudos anteriormente produzidos. A dinâmica da atividade criminosa organizada, por sua própria natureza, a imposição de sigilo e a dissimulação de suas atividades, reduzem ou dificultam o acesso direto a dados essenciais para a compreensão da sua estrutura e funcionamento. Por esta razão é que destaca Camila Dias (2011, p. 34-35) que o cientista social tem maior responsabilidade na análise dos dados, com o emprego de técnicas e recursos de pesquisas variados.

Em busca de uma definição para este fenômeno criminoso, é importante um diálogo com o senso comum para a identificação do que seria crime organizado. Como adverte

⁸⁰ Essas operações policiais que resultaram em ação penais são amplamente divulgadas na mídia e abordadas por Marcelo Mendroni (2016, p. 30-31) como exemplos de organizações criminosas endógenas.

Mingardi (2007, p. 55) “nem tudo que a imprensa chama de crime organizado tem a ver de fato com essa modalidade”. Isso porque, completa o cientista político, até mesmo o tráfico de drogas, que é o exemplo mais corriqueiramente utilizado como representativo desse fenômeno, mostra-se muitas vezes extremamente desorganizado, sobretudo nas vendas de entorpecentes ilícitos realizadas no varejo. Observa-se que o entendimento que transita nas ruas e na mídia do que vem a ser o crime organizado não é estruturado a partir de critérios científicos, mas decorre da percepção e repetição cotidiana, da vivência, do convívio social.

A mídia é considerada por Rondelli (1998, p. 145) como macrotestemunha de relevante importância, que detém o poder de atuação de forma privilegiada na cadeia propagadora dos atos da violência, orientando um movimento discursivo, articulando explicações e interpretações dos atos de violência. Acrescenta que, diante do privilégio que encerra, ela se constitui importante ator social dos fatos, contribuindo na atribuição de sentidos próprios aos atos de violência e exposição dos fatos aos demais atores sociais. Nesta atribuição de sentidos além de denunciar suas específicas visões de mundo, também acaba por orientar práticas sociais, políticas, culturais (RONDELLI, 1998, p. 152-153).

Não se pode negar, portanto, que essa abordagem do fenômeno contribui para que as pessoas se informem sobre a criminalidade, já vivenciada em todas as regiões do Brasil. Mas, por outro lado, traz consigo o que Ulrich Beck (2011, p. 88) chama de “atomização generalizada dos riscos”, provocada pela crise de autoridade científica. Para este autor, houve uma inversão da lógica da experiência, de modo que os riscos não são mais necessariamente experimentados pessoalmente, constituindo-se “inexperiências de segunda mão”. Ou seja, o risco difusamente distribuído no meio social, ainda que não faça parte da experiência de cada indivíduo, foi de tal forma fracionado (atomizado), que passa a ser experimentado por toda a coletividade.

No entanto, é importante que ressaltemos que a orcrim não pode ser confundida com a mera associação de indivíduos com a finalidade criminoso, tampouco com a coautoria delitiva eventual. Ela possui características próprias. Partindo deste entendimento, Mingardi (2007, p. 55-56) conclui que não é a espécie de delito praticado que identifica a existência de crime organizado, pois esse fenômeno pode ser definido a partir de suas características específicas que o diferem do crime comum. É com base nestes elementos distintivos que Guaracy Mingardi (1998, p. 81-87), busca apresentar uma definição de organização criminoso. Ele divide o fenômeno em duas espécies (tradicional e empresarial) e passa a enumerar as características que distinguem essas organizações, tanto dos grupos criminosos comuns, como das organizações empresariais lícitas. Com o resultado, o pesquisador chega à seguinte definição:

Crime Organizado Tradicional: grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. São atividades que se baseiam no uso da violência

e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. (MINGARDI, 1998, p. 82-83).

Assim como a maioria dos autores, este pesquisador aponta a hierarquia, a previsão de lucros, a divisão do trabalho, o planejamento empresarial e a simbiose com o Estado como os atributos deste fenômeno, destacando que, à exceção da simbiose com o Estado, todas as demais características são adaptações feitas pelos criminosos de elementos caracterizadores das empresas modernas (MINGARDI, 2007, p. 56).

Em que pese a busca de definição no campo acadêmico, para efeitos jurídico-criminais, a Lei 12.850/2013 define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado, dispondo que:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

3 DECISÃO JUDICIAL, DISCURSO E PODER

O discurso é instrumento de dominação e “a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nós queremos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10). Foucault (2008, p. 27-28), em “A Arqueologia do Saber”, já afirmava que os discursos se organizam através de continuidades irrefletidas e, para afastá-las, seria preciso renunciar a dois temas que lhes sustentam: a origem secreta dos discursos e a existência de um conteúdo não-dito, mas presente em todo discurso. Para Foucault (2008), apesar do discurso ser produzido com base naquilo que aparenta ser a sua razão, ele sempre tem uma origem tão secreta que não é possível reapoderar-se inteiramente dela. O segundo ponto destacado pelo filósofo é que no discurso, o já-dito, não se restringe a uma frase pronunciada, mas carrega também uma voz silenciosa, ou seja, um não-dito ou jamais-dito, um vazio que mina tudo que se diz.

Por esta razão, utilizo nesta pesquisa a noção de poder e de discurso de Foucault (1998, p. 179-180), que compreende que o corpo social é caracterizado e constituído por múltiplas relações de poder, que se acumulam e circulam em função do discurso. Assim, não há exercício de poder sem que seja utilizado o discurso como ferramenta. Não se trata aqui unicamente do poder estatal, mas as múltiplas relações poder que existem na sociedade, pois todo poder é revelado pela “economia do discurso”. Foucault (1998) estuda o poder como técnica e tática de dominação, compreendendo-a como:

Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social (FOUCAULT, 1998, p. 181).

Foucault (1998, p. 182), acrescenta que o “sistema do direito, o campo judiciário são canais permanentes de relações de dominação e técnicas de sujeição polimorfos”, mas sua análise da chama de microfísica do poder não se restringe a manifestações estatais, como destacado.

Nesse contexto, a decisão judicial é um discurso e, por consequência, é instrumento de dominação (FOUCAULT, 1998, p. 179-180). Como ferramenta à disposição do poder, o discurso revelado no corpo social possui a capacidade de influenciar o comportamento da sociedade, especialmente, dos operadores do direito, contribuindo para fixar entendimento nos tribunais de justiça e juízos de primeiro grau.

Foucault (2008, p. 122), distanciando-se do conceito que considerava o discurso como o conjunto de performances verbais, passa a compreendê-lo como o conjunto de enunciados que se apoia em um mesmo sistema de formação praticado ao longo do tempo. Este filósofo ainda destaca que a produção do discurso é controlada, organizada e distribuída por meio de procedimentos cuja função seria dominar o acontecimento e conjurar poderes (FOUCAULT, 1999, p. 09). Ou seja, o discurso não seria livre, pois possui, além de limites externos⁸¹, aqueles elementos intrínsecos ou internos que o conformam.

Para Michel Foucault (1999, p. 21), os limites internos de controle e delimitação dos discursos, chamados de princípios de rarefação, “funcionam como princípios de classificação, de ordenação, de distribuição, como se tratasse, desta vez, de submeter outra dimensão do discurso: a do acontecimento e do acaso”. Eles são divididos em comentário, autor e disciplina.

Pelo princípio do comentário, em face da raridade dos discursos, muitos destes ecoam e circulam em formas repetíveis de discursos já proferido, de modo que, apesar de novos, não manifestam novidade, não há essencial inovação em seu conteúdo. Podemos dizer que existe um círculo de retroalimentação entre os discursos, que são comentados e que comentam, de modo que ressurgem e repetem o “já dito” e fazem uma releitura do “não dito”, conforme o contexto em que estão inseridos. É por esta razão que “o novo não está no que é dito, mas no acontecimento de sua volta”, pois os discursos que são a fonte originária de determinados atos de fala, uma vez que, além de retomá-los, os transformam como se fossem fala do enunciador (FOUCAULT, 1999, p.

81 Foucault (1999) afirma que os limites externos seriam os mecanismos de exclusão que incidem sobre o discurso de forma exterior, em dado sistema coercitivo, cindindo o direito de dizer e o poder de dizer algo, apontando como exemplo três mecanismos: a interdição, a separação e a vontade de verdade. No entanto, não nos aprofundaremos nestes pontos, pois se afasta do objetivo deste trabalho que não é verticalizar nas características da análise do discurso, mas sim utilizar alguns de seus conceitos e princípios como ferramenta complementar à teoria de Charles W. Mills.

22). É nesse sentido que o comentário é compreendido como observação acerca da permanência de certos discursos em perspectiva histórica, bem como do desaparecimento de algumas de suas referências ou formas. Assim, este princípio interno permite a classificação e a categorização dos discursos, com a manifesta repetição em distintas materialidades históricas.

Dito de forma simples, todo discurso possui relação com outros discursos já proferidos. Este procedimento é muito comum no ambiente dos processos judiciais. Não raro as sentenças e acórdãos são permeados de citações e referências a decisões proferidas por outros juízes e tribunais, como argumento de autoridade e de reforço do acerto do quanto decidido. Nota-se, inclusive, o emprego da analogia no uso de ementas de julgados, passando a utilizar a motivação de casos distintos como elemento de persuasão, como observaremos nos vocabulários de motivos e ementas selecionadas para análise.

O segundo princípio de rarefação é o do autor. O autor não é aqui o sujeito falante que pronuncia o texto, o indivíduo. Ele deve ser compreendido como uma função, como um “princípio de agrupamento do discurso, como unidade e origem de suas significações, como foco de sua coerência” (FOUCAULT, 1999, p. 26-29).

É nesse mesmo sentido que Foucault leciona em *A Microfísica do Poder*:

É preciso livrar-se do sujeito constituinte, livrar-se do próprio sujeito, isto é, chegar a uma análise que possa dar conta da constituição do sujeito na trama histórica. É a isto que eu chamaria de genealogia, isto é, uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc., sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendental com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo sua identidade vazia ao longo da história (FOUCAULT, 1998, p. 07).

O último princípio de rarefação é a disciplina. Este mecanismo interno de rarefação do discurso pode ser definido como o “domínio de objetos, um conjunto de métodos, um *corpus* de proposições consideradas verdadeiras, um jogo de regras e de definições, de técnicas e de instrumentos” (FOUCAULT, 1999, p. 30). A disciplina, embora se constitua de uma coleção de princípios específicos, é um campo “relativo e móvel”. Sua organização pode ser oposta ao princípio do autor, porque uma vez constituídos seus elementos, torna-se um sistema anônimo, cuja validade independe de identificação de autoria. De igual modo, opõe-se ao princípio do comentário, uma vez que os sentidos que são construídos a partir da disciplina não precisam ser redescobertos ou repetidos, pois a disciplina reclama possibilidade de se formular indefinidamente de novos enunciados. Foucault (1999, p. 32-34), ainda destaca que cada disciplina, como princípio de controle do discurso, possui instrumentos para que se reconheça as proposições verdadeiras e aquelas que são falsas. Assim, considerando-a como área do conhecimento, ela fixa as regras e procedimentos.

Considerando, na presente pesquisa, que a disciplina é o direito penal e processual penal positivo, no contexto do julgamento de *habeas corpus* em sede de Tribunal Superior, encontramos um regramento e diversos instrumentos que limitam e ditam como o jogo deve ser jogado. Em uma palavra, é a disciplina que limita o discurso, informando quem, quando, onde e como se deve falar.

O objeto empírico desta pesquisa é constituído por 61 acórdãos do STJ, prolatados em sede de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*. Este Tribunal disponibiliza os julgados em seu sítio e possui uma variedade de opções de pesquisa. A base “pesquisa de jurisprudência” foi escolhida, uma vez que possibilita uma busca mais completa. Para localizar o acórdão em sua integralidade (inteiro teor), há duas opções de busca: “revista eletrônica de jurisprudência” e “inteiro teor”.

4 RISCO À ORDEM PÚBLICA NAS DECISÕES DO STJ

Considerando que a presente pesquisa é de cunho principalmente qualitativo e que esta breve abordagem quantitativa teve o objetivo de realizar a demarcação, é preciso verticalizar na análise dos julgados, buscando identificar os vocabulários utilizados pelos magistrados, que constitui escopo do nosso trabalho.

Uma vez selecionados os vocabulários de motivos (caracterização), observamos que tanto aqueles utilizados para fundamentar as decisões concessivas quanto o que foram incluídos nos acórdãos denegatórios, guardavam entre si uma certa regularidade, uma equivalência semântica.

Nas 29 decisões denegatórias da ordem do HC, foram identificados os seguintes vocábulos que as motivaram: autoria e participação, fundamentação idônea/decisão motivada, gravidade concreta, tese defensiva não provada, decisão judicial motivada, ausência de manifesta ilegalidade, risco de reiteração, integrar organização criminosa, interromper atividade da organização, dimensão do dano, garantia da ordem pública. Consideramos que dimensão do dano está contida na gravidade do delito e que a expressão garantia da ordem pública é conceito genérico que abrange outros vocabulários de motivos, como risco de reiteração, integrar organização criminosa e interromper as atividades da organização criminosa, representamos os vocabulários selecionados conforme gráfico 1.

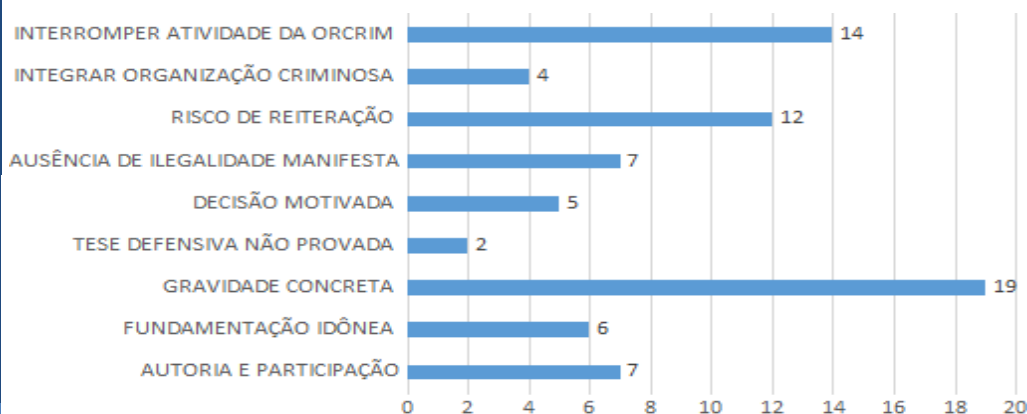


Gráfico 1: Vocabulários de Motivos – HC Negado

Fonte: Elaboração própria (2020).

Os três vocabulários de motivos mais utilizados para negar o HC foram risco, necessidade de interromper as atividades e gravidade concreta. O vocabulário risco constitui expressão sintética de risco de reiteração criminosa, risco à ordem pública ou risco à segurança pública. Este mesmo fundamento também foi usado para avaliar a atualidade e iminência da atividade criminosa – a contemporaneidade – como requisito exigido para manutenção de prisão em alguns julgados (HC 460117 – SP, HC 461263/RJ, HC 443914/RJ, RHC 99575/PA, HC454561/RJ).

Passando para a etapa da análise propriamente dita, observamos que a fundamentação pela presença ou ausência do risco apontou o sentido da decisão da Corte para negar ou conceder a ordem de *habeas corpus*. No HC 445.490/SC, a 6ª Turma estabeleceu que o Estado Democrático de Direito deve proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz pública e, por consequência a decisão que priva o cidadão de sua liberdade deve ser concretamente fundamentada, de modo que o risco de reiteração constitui motivo idôneo para a segregação cautelar.

(...) 2. Para ser compatível com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade quanto a segurança e a paz públicas – e com a presunção de não culpabilidade, é necessário que a decretação e a manutenção da prisão cautelar se revistam de caráter excepcional e provisório. A par disso, a decisão judicial deve ser suficientemente motivada, mediante análise da concreta necessidade da cautela, nos termos do art. 282, I e II, c/c o art. 312, ambos do Código de Processo Penal.

3. A decisão que decretou a custódia preventiva evidenciou o fundado risco de reiteração delitiva, ante os indícios de o acusado ser um dos integrantes de organização voltada à prática do tráfico de drogas e outros delitos, a quem cabia a guarda dos armamentos utilizados pelo grupo no cometimento dos crimes (HC 445.490/SC).

O Tribunal decidiu considerar que o risco de reiteração criminosa constitui requisito para a prisão cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, visando à garantia da ordem pública e da ordem econômica. De fato, a prisão processual ou cautelar do investigado ou acusado só pode ser decretada se devidamente motivada e desde que presentes dos requisitos legais, analisando-se a adequação e necessidade da medida extrema. A doutrina jurídica aponta grandes críticas à indeterminação conceitual da expressão garantia ordem pública, mas tem-se concebido como sinônimo de “estado de paz e de ausência de crimes na sociedade” (FEITOZA, 2009, p. 852). Nesse sentido, o Código de Processo Penal expressamente adota (art. 282, I) a concepção de garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração criminosa, ao dispor que as medidas cautelares serão aplicadas objetivando evitar a prática de infrações penais. Nessa concepção, a prisão cautelar se revela como garantia do resultado útil do processo, buscando impedir que o réu venha a

praticar novos delitos. Trata-se de uma análise baseada na periculosidade do agente e não na culpabilidade.

O vocabulário risco, neste particular, é interpretado no sentido de que há necessidade de que se demonstre elementos que apontem para a possibilidade de reiteração, ou seja, apontem-se indícios de que o investigado solto irá novamente praticar crimes. No entanto, no HC 445.490/SC ficou evidenciado que o risco de reiteração foi extraído do fato do investigado integrar organização criminosa voltada ao tráfico de drogas. O foco se manteve na infração penal a que se destina a orcrim.

O risco à ordem pública também foi considerado presente em hipótese de desvio de verbas públicas. Neste caso, especificou-se a possibilidade de reiteração criminosa e não apenas o patrimônio público atingido, tampouco a dimensão da lesão isoladamente considerada. A Turma substituiu o vocabulário reiteração criminosa, optando pelo uso de “deletéria renitência criminosa” para evidenciar risco à ordem pública.

(...) teria havido o desvio de aproximadamente R\$ 36.895.837,82 (trinta e seis milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, oitocentos e trinta e sete reais e oitenta e dois centavos) dos cofres públicos, além do aporte de R\$ 16.400.000,00 (dezesesseis milhões e quatrocentos mil reais) em benefício da suposta organização delitiva, **dispondo o acusado de uma deletéria renitência criminosa, a evidenciar, portanto, risco para a ordem pública** (RHC 84538/RJ, **grifo nosso**).

Verificamos que, em regra, o STJ continua a exigir o risco concretamente demonstrado como requisito autorizador da prisão cautelar, não se mostrando suficiente o fato de integrar organização criminosa, a exemplo do teor do RHC 104036/PR: “[...] a mera indicação de circunstâncias que já são elementares do crime perseguido, nada se acrescentando de riscos casuísticos ao processo ou à sociedade, não justifica o encarceramento cautelar”. Com esse entendimento, reforça a sua jurisprudência de que a gravidade em abstrato do delito não caracteriza fundamento idôneo para a prisão cautelar, uma vez que seria circunstância inerente ao próprio delito. De modo diverso, o Tribunal reafirma a necessidade de demonstração da gravidade concreta em 19 julgados.

O discurso sobre o risco veiculado nas decisões selecionadas foi reforçado pelo princípio do comentário, reafirmando discursos já proferidos (FOUCAULT, 1999, p. 22), mormente ao citar julgados anteriores do próprio STJ ou do STF como argumento de autoridade e legitimação. O princípio do comentário manifestou-se clara e expressamente pelas reiteradas inserções de jurisprudência entendida como predominante, às vezes escamoteada com o uso de vocabulários de motivos distintos, mas que revelam expressões semanticamente equivalentes.

Nesse contexto, a valoração do risco, quando se trata de organização criminosa, não pode ser realizada sobre a mesma tábua axiomática que foi erguida para a interpretação dos crimes isoladamente praticados. Não é o tráfico de drogas, por si só, que indica a necessidade de manutenção de prisão. Também não é indispensável que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça direta à pessoa para que sua liberdade seja cerceada. Em verdade, o que o sistema jurídico-penal brasileiro exige é que exista a presença do risco (à ordem pública, à ordem econômica, à instrução criminal, ou mesmo de fuga do réu).

Nesse quadrante, observamos que o STJ ainda está atrelado ao tipo de crime praticado pela orcrim, como podemos concluir da leitura da tabela 1. Em um dos extremos, percebe-se que o traficante que impetrou HC obteve 10% das decisões favoráveis, enquanto, no outro, aqueles que fraudaram licitações, causaram prejuízo ao erário e contaram com o sucesso em todos os pedidos.

Prosseguindo no desiderato de compreender como decide o STJ, identificamos o vocabulário de motivos a gravidade da conduta em 15 dos julgados selecionados. A gravidade da conduta foi mobilizada tanto em decisões favoráveis quanto desfavoráveis. Ao embasar acórdãos concessivos do HC, o vocabulário empregado é a gravidade abstrata do crime não é idôneo para fundamentar a restrição cautelar da liberdade. Em sentido oposto, sempre que a gravidade foi referida para manter a prisão, foi frisado que se tratava de gravidade concreta.

Como é possível depreender do gráfico 2, constrangimento ilegal, atipicidade da conduta e gravidade abstrata são os vocabulários de motivos mais encontrados na fundamentação dos acórdãos. Diversamente do que verificamos na análise dos vocabulários gravidade abstrata e atipicidade da conduta, o emprego do motivo constrangimento ilegal não é realizado isoladamente. Isso se deve ao fato de que o constrangimento decorre da não observância dos demais requisitos imprescindíveis à manutenção da prisão ou ao início da persecução penal. Neste cenário, o Tribunal sempre que trancou a ação penal por atipicidade, também fundamentou sua decisão na presença de constrangimento ilegal.

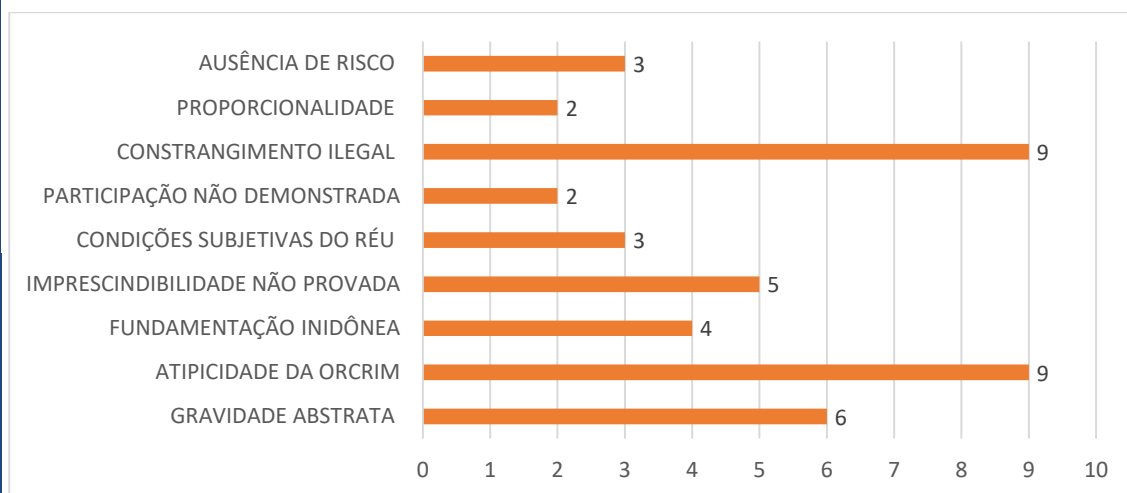


Gráfico 2: Vocabulários de motivos – HC concedido

Fonte: Elaboração própria (2020).

A ausência de risco, proporcionalidade e condições subjetivas do réu possuem correlação ao serem empregadas, à medida que o STJ não utilizou um único vocabulário como suficiente. No tocante às condições subjetivas do réu, é importante destacar que os acórdãos deixam expresso que as condições pessoais do réu, por si só, não garantem a sua soltura.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como escopo compreender a visão do STJ sobre a relação existente entre um fenômeno complexo presente na sociedade contemporânea denominado “organizações criminosas”.

Nosso objetivo nesta pesquisa foi compreender como o STJ decide ao julgar os *habeas corpus* impetrados por integrantes de orcrim. Mais nomeadamente, buscamos identificar o padrão decisório do Poder Judiciário sobre o tema, a partir das decisões desta Corte que reclama a autoria do discurso final no tocante à interpretação da Lei Federal. Assim, entendemos que os vocabulários de motivos utilizados no discurso do Poder Judiciário possuem carga simbólica e seus efeitos perpassam o âmbito do sistema de justiça, disseminando a interpretação de determinada ação situada ou de um fato social para produzir efeitos em toda a sociedade. Conforme já devidamente tratado na análise de dados, o STJ mantém, em muitos julgados, uma posição “tradicional” de interpretação dos casos concretos e do sistema normativo, exigindo a presença de risco concretamente demonstrado para a manutenção de uma prisão cautelar. Verificamos ainda que o tipo de crime praticado pelo grupo criminoso é uma variável que tem grande relevância no destino do julgamento, de forma que, quando se trata de crimes violentos ou de tráfico de drogas, por exemplo, a tendência do Tribunal é negar a ordem de *habeas corpus*, adotando postura

menos severa quando o assunto é crime contra a administração pública, corrupção, fraudes em licitações. Apesar da espécie de crime praticado pelo réu ser elemento relevante para a análise na visão deste Tribunal, os julgados sempre destacam o fato de o delito ter sido praticado no contexto de uma organização criminosa, apontando o risco de reiteração.

Por outro lado, foi possível verificar que o STJ tem compreendido que os crimes praticados por organizações criminosas possuem maior desvalor e, sob essa premissa, feito uma leitura do elemento risco a partir do contexto social contemporâneo. Desse modo, o discurso que é evidenciado nos vocabulários de motivos deste Tribunal permite concluir que o risco de reiteração delitiva decorre da natureza da organização criminosa e que a necessidade de interrupção de suas atividades enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública. Fixando esta premissa, o STJ passa a manter as medidas cautelares – inclusive a prisão – daqueles que praticam os crimes de colarinho branco, a exemplo dos crimes contra ordem econômica, fraudes em licitações e corrupção.

No entanto, conforme já destacamos, o STJ reafirma o caráter seletivo do sistema de justiça criminal, ao impor maior rigor nas medidas cautelares dirigidas a quem pratica crimes como o tráfico de drogas e delitos contra o patrimônio, ao passo que a maior parte dos réus apontado como autores de crimes do colarinho branco permanece em liberdade durante o processo criminal.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Carlos Higino Ribeiro de.; GICO JR., Ivo. **Corrupção e judiciário: a (in)eficácia do sistema judicial no combate à corrupção**. Rev. direito GV [online]. 2011, vol.7, n.1, pp.75-98. ISSN 2317-6172. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322011000100005>. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v7n1/a05v7n1.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**; tradução Plínio Dentzien – Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**; tradução de Sebastião Nascimento. 2 Ed. – São Paulo: Editora 24, 2011.

BITENCOURT; Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. Comentários à Lei de Organização Criminosa - Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013 (Locais do Kindle 313-317). Saraiva. Edição do Kindle.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. CNJ. 2017.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. **Tecendo redes criminais: as políticas de encarceramento e a nacionalização das facções prisionais**. In: ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA.

MAPA DAS FACÇÕES. EDIÇÃO ESPECIAL 2018. Disponível em:

<[https://www.forumseguranca.org.br/wp-](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf)

[content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf](https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/09/FBSP_ABSP_edicao_especial_estados_faccoes_2018.pdf)>. Acesso em: 15 de mar. de 2019.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal Edições, 1998.

_____. **A Ordem do Discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

_____. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves, 7ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

LOURENÇO, Luiz Claudio. **Prisões Fora da Lei: Notas de um Dispositivo Marginal**. in Direitos Humanos na democracia contemporânea velhos e novos embates Vol 3. Org. Verônica T. Marques, Karyna B. Sposato, L. C. Lourenço. Rio de Janeiro, Bonecker, 2018.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e O Crime Organizado**. São Paulo. IBCCRIM, 1998.

MINGARDI, Guaracy. **O Trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. Estudos Avançados, 21(61), 2007, p. 51-69. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10266>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise do Discurso: princípios e procedimentos**. 12ª Edição. Campinas, SP - Pontes Editores, 2015.

RONDELLI, Elizabeth. Imagens da violência: práticas discursivas. Tempo Social; **Rev. Sociol.** USP, S. Paulo, 10(2): 145-157, outubro de 1998.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. São Paulo: Record, 2011.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO PODER JUDICIÁRIO

WILLIANN GEORGI: Advogado formado pela UFSM, especialista em Direito Tributário pelo IBET/RS

Certamente você em algum momento já digitou seu nome ou o nome de sua empresa ou de algum cliente no Google, certo?

Os resultados são os mais variados, desde Redes sociais, reportagens, concursos (que talvez você nem lembrasse que tivesse feito).

As pesquisas no Google são públicas, e os resultados que você encontrou, de uma forma ou de outra, poderão aparecer para outros.

Mas você já desejou que algum resultado não estivesse lá?

Ou já desejou que não parecesse nenhum resultado?

Já pensou, digitar seu nome e aparecer a mensagem: “Sua pesquisa não encontrou nenhum documento correspondente”.

Para muitas pessoas, essa é a vontade: que alguma coisa simplesmente seja apagada da internet e ninguém mais tenha acesso.

É o direito ao esquecimento.

Mas o que é o direito ao esquecimento?

Segundo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o direito ao esquecimento é o direito de que uma pessoa, física ou jurídica, não permita que um fato, seja ele verdadeiro ou não, seja de livre acesso a quem quer que sobre ele pesquise.

O tema ganhou fama no Brasil com uma ação envolvendo a atriz e apresentadora Xuxa Meneghel, que perdeu um processo que movia contra o Google para que fossem deletados todos os links do filme de conteúdo restrito que fez.

Como o Poder Judiciário está decidindo sobre o direito ao esquecimento?

Ainda são poucas as decisões a respeito, mas já temos número suficiente para saber que teremos uma grande polêmica pela frente.

Em um julgamento dividido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, conforme julgamento do

Recurso Extraordinário nº. 1010606, no qual se discutia um crime de grande repercussão ocorrido na década de 1950, abordado no programa “Linha Direta”, então em exibição pela Rede Globo.

No julgamento, prevaleceu o entendimento de que a análise deve ocorrer **caso a caso**, na medida em que se verifiquem excesso no uso das informações livremente disponíveis, especialmente para o fim de proteção à honra, à imagem e à personalidade.

A questão ganhou novos contornos com a edição do Art. 7º inc. X da Lei nº. 12.965/14 - Marco Legal da Internet, que prevê a exclusão de dados pessoais fornecidos a site ou aplicação de internet após o término do uso, mediante requerimento do interessado.

Além disso, o tema também é tratada pela Lei nº. 13.709/18 – Lei Geral de Proteção de Dados, a qual já falamos em outro artigo XXXX

Que medidas devo tomar em busca do Direito ao Esquecimento?

O primeiro ponto que deve se levar em consideração é que a busca pelo direito ao esquecimento não resta pacificada e que, portanto, será realizada uma análise caso a caso.

Algumas ações ordinárias que visam a concessão do mesmo podem ser vistas em sites de compartilhamento de petições, todavia, como a justiça analisa caso a caso também o advogado deve buscar nessas situação a justificativa individualizada sobre o porquê do intento.