BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 918

(Ano XI)

(10/08/2019)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

PGR: Os Tuiuiús e a farsa da lista tríplice

08/08/2019 | Manoel Pastana.....04

ARTIGOS

Os direitos dos trabalhadores: uma análise sobre os empregados em empresas privadas, falências, retrocessos e conquistas | 10/10/2019 04:38 | Alex de Oliveira Melo..... 11

Proposta de Emenda à Constituição N.º 108/2019. notas sobre a eventual desobrigação do Exame da OAB para o exercício da advocacia |09/08/2019| Luiz Gustavo Pantoja 31

O princípio da boa-fé e a Administração Pública|09/08/2019|Márcia Carvalho de Lacerda Paoliello 39

A Importância da Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro |09/08/2019| Lissa Aguiar Andrade 49

Uma análise da intervenção nos municípios à luz da autonomia dos entes federativos |08/08/2019| Samuel Cunha de Oliveira 63

Juros nas ações revisionais de contratos bancários |08/08/2019| Lucas Fernandes Pompeu 78

A aplicação da prescrição intercorrente no Direito Tributário e os novos precedentes judiciais do STJ|08/08/2019| Isabella gonçalves de Queiroz Clementino 99

Processo Trabalhista - Competência territorial (art. 651 da CLT), foro de eleição, competência absoluta e relativa |08/08/2019| Samara Drevek 115

Sistemas de governo: o presidencialismo no Brasil e os casos de impeachment |07/08/2019| Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva Lima 123

Contaminação das provas na fase inquisitorial|07/08/2019| Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior 138

Proteção integral da criança e do adolescente e a tutela de direitos difusos e coletivos|07/08/2019| Igor Ferreira de Macedo 142

Do desafio da educação ambiental no Brasil para fomentar impactos do bem no meio ambiente natural e artificial|07/08/2019| Eduardo Paixão Caetano..... 176

Propriedade industrial: marcas, direitos e deveres vinculados ao registro |07/08/2019| Nara Thaís dos Santos Silva 189

O 'Deep Fake' e a Legislação Brasileira - utilização de instrumentos legais para a proteção à imagem|06/08/2019| Paulo Alexandre Rodrigues de Siqueira 196

Funcionalismo da investigação criminal|06/08/2019| Francisco Sannini Neto 218

A reconstrução jurídica do conceito de deficiência e seus impactos no processo de curatela|06/08/2019| Roselaine Lopes Toledo.....234

A criminalização da homofobia pelo STF – violação ao principio da legalidade (reserva legal)|06/08/2019| Maycky Fernando Zeni 271

Resguardos financeiros do fornecedor de produtos e serviços perante a Administração Pública: aspectos legais e jurisprudenciais|05/08/2019| Arthur Alexandre Leite e Silva 278

Cotas estipuladas pelo artigo 93 da Lei 8.213/91: conflitos envolvendo o preenchimento das cotas em algumas categorias |05/08/2019| Levi Marcos Rodrigues de Oliveira.....294

Aspectos atuais de sucessão trabalhista|05/08/2019| Lucas Fernandes Pompeu.....301

MONOGRAFIA

A relação entre mediação e felicidade no direito das famílias|08/08/2019| Sara Brígida Farias Ferreira 311

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PGR: OS TUIUIÚS E A FARSA DA LISTA TRÍPLICE

MANOEL PASTANA: Procurador da República e autor autobiográfico do livro "De Faxineiro a Procurador da República".

1. Os tuiuiús são procuradores esquerdistas que por 14 anos comandaram a Procuradoria-Geral da República (junho/2003 a setembro/2017). Eles acreditam que podem voltar ao comando, utilizando a mesma estratégia: a farsa da lista tríplice. Neste artigo falo da lista tríplice e do meu próximo livro (sou autor do livro autobiográfico De Faxineiro a Procurador da República).

2. Tuiuiú é uma ave desengonçada do Pantanal que tem dificuldade para voar. Antes de o PT chegar ao poder, havia uns procuradores de esquerda que se consideravam sem vez na cúpula da Procuradoria-Geral da República. Por causa dessa situação, eles criaram um grupo político autodenominado de Tuiuiú em alusão à ave pantaneira que tem dificuldade para voar, pois era assim, sem oportunidade para voo aos cargos mais altos, que eles se consideravam.

3. Todos os quatro procuradores-gerais nomeados nos governos Lula e Dilma pertenceram ao grupo Tuiuiú, que tem o seguinte lema secreto: *"Aos amigos, tudo; aos indiferentes, nada; aos inimigos, os rigores da lei e tudo de legal ou ilegal que possa ser utilizado como acusação"*. Houve um acordo tácito (presumido) de permanência recíproca no poder entre o grupo Tuiuiú e o governo petista. Para tanto, os tuiuiús utilizaram uma "eleição" denominada de "eleição da lista tríplice" para escolha do procurador-geral da República (PGR).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4. Nos termos da Constituição Federal, o PGR é nomeado pelo presidente da República, dentre integrantes do Ministério Público da União (MPU) maior de 35 anos. Não há exigência legal de eleição para escolha do PGR, sendo que o escolhido pode ser integrante de qualquer um dos quatro ramos do MPU. A título informativo, o MPU é composto pelos seguintes ramos: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Portanto, o PGR pode ser membro de qualquer um desses ramos.

5. Mesmo sem que haja exigência de eleição para escolha do PGR, a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) criou uma "eleição", denominada de "eleição da lista tríplice", na qual são escolhidos três nomes para "subsidiar" o presidente da República na escolha do PGR. Só podem participar da "eleição" como candidatos membros do Ministério Público Federal (MPF).

6. De outro giro, só podem participar como eleitores os associados da Associação Nacional dos Procuradores da República. Verifica-se, de plano, que tal "eleição" não tem nada de democrática, uma vez que limita os candidatos a somente membros do MPF, um dos quatro ramos do MPU. Em relação aos eleitores, a limitação é ainda maior, pois não são todos os procuradores do MPF que podem participar da "eleição", mas apenas os associados da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR). Ou seja, para ser eleitor, não basta ser membro do MPF, é preciso também ser associado da ANPR.

7. A "eleição" é tão corporativa que membros do MPF na ativa não podem participar do pleito, caso não sejam associados da ANPR. Por outro lado, membros aposentados do MPF, desde que sejam associados da ANPR, podem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

votar. Foi só na última "eleição", ocorrida no dia 18/06/2019, que procuradores aposentados não puderam mais participar como eleitores.

8. Sou membro do MPF na ativa (procurador regional da República, Segunda Instância), associado da ANPR, recebi a senha para votação em todas as "eleições", mas nunca votei. É que, se não bastasse a absoluta falta de finalidade e conteúdo democrático da "eleição", o resultado dela é absurdamente previsível: desde a primeira "eleição", em 2001, os três "eleitos" nas dez "eleições", que são feitas de dois em dois anos, foram todos tuiuiús, exceto em 2015, que Raquel Dodge ficou em terceiro lugar e em 2017, que Dodge ficou em segundo lugar e foi nomeada PGR pelo Michel Temer.

9. A propósito, é bem curiosa a previsibilidade desse pleito, por exemplo, na última "eleição", ocorrida em junho, Dodge não participou porque sabia que não ficaria entre os três mais votados. Em 2011, o ex-PGR Roberto Gurgel candidatou-se para concorrer à recondução. Todavia, entre outros problemas que ocorreram na última hora, ele foi flagrado se encontrando, às escondidas, com o ex-governador de Brasília, José Arruda, então investigado em inquérito policial.

10. Por essa e outras condutas, Gurgel foi muito criticado na rede eletrônica dos procuradores da República, espaço virtual onde se discute de tudo e mais alguma coisa. Assim, decerto ele não figuraria entre os "eleitos" na lista tríplice. Contudo, todavia, entretanto, bem ao estilo tuiuiú, cerca de uma semana antes da "eleição", Roberto Gurgel tirou um "Ás de Ouro" não sei de onde (sei sim...digo no livro) e mudou repentinamente o jogo: as críticas sumiram e ele conquistou o primeiro lugar na lista tríplice, sendo reconduzido por Dilma Rousseff.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

11. O que aparenta ser uma "tradição democrática", inclusive, Lula e Dilma a utilizaram como propaganda em época eleitoral, dizendo que nomeavam PGR democraticamente escolhidos pelos próprios procuradores, não passou de uma farsa que custou caríssimo para a sociedade. É que, por um lado, houve custo alto para os tuiuiús ganharem as "eleições" de qualquer jeito e, por outro, houve custo altíssimo para que Lula e Dilma aceitassem o resultado, mesmo não estando obrigados legalmente. Em ambos os casos quem pagou o preço foi a sociedade.

12. "Ungidos pela eleição democrática" e nomeados por presidentes populistas, os procuradores-gerais tuiuiús sentiram-se imunes e fizeram o que deu na telha em prol do posicionamento ideológico esquerdista e no fortalecimento do acordo tácito de permanência recíproca no poder entre tuiuiús e petistas.

13. Para que a aliança fosse duradoura, o tuiuiú-mor Claudio Fonteles (criador do grupo Tuiuiú), primeiro PGR da era petista, aparelhou o MPF para proteger o PT. Para isso, ele criou um indisfarçável serviço de inteligência, apelidado de "Abinzinha" em alusão à ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), o chefe do tal serviço foi Rodrigo Janot, na época, secretário-geral do MPF. Além disso, "cassou" o mandato do então corregedor-geral Ednaldo de Holanda para colocar no lugar dele, como corregedor biônico, o tuiuiú roxo Wagner Gonçalves, que infernizou a vida de procuradores "rebeldes".

14. Após a aposentadoria, Fonteles foi nomeado presidente da "Comissão da Verdade" e Wagner Gonçalves, assessor da mesma "Comissão" (parece piada...). Mas o pior é que Claudio Lemos Fonteles, segundo ele mesmo registra no seu curriculum e pode ser conferido no Wikipédia, foi membro da "Ação Popular", movimento acusado de ter explodido sete bombas no aeroporto de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Recife, matando dois e ferindo treze. Deixaeu repetir. Fonteles, o criador do Grupo Tuiuiú, primeiro PGR nomeado por Lula, presidente da "Comissão da Verdade", foi membro do grupo "Ação Popular", organização esquerdista acusada de ter explodido as bombas em Recife. Qual a isenção de Fonteles para apurar a verdade sobre os atos dos seus ex-companheiros?

15. Inicialmente, os tuiuiús protegeram os parceiros vermelhos, vigiando e perseguindo procuradores, cujas atuações atingissem os protegidos. Fui o mais perseguido, mas venci todas as perseguições e minha ficha funcional continua limpa como sempre. Entre os "graves crimes" que pratiquei está o fato de ter sido o autor da ação que resultou, pela primeira vez no país, na perda do mandato de um parlamentar federal do PT, no início do primeiro governo Lula.

16. Quando a imprensa começou a divulgar maciçamente atos de corrupção praticados por integrantes do governo petista, os tuiuiús mudaram a estratégia de proteção e, ao invés de perseguirem procuradores como fizeram no início, passaram a utilizar a atuação de faz de conta, que consistiu no manejo de investigações e/ou acusações com muito barulho na mídia, mas com o real objetivo de não dar em nada.

17. A denúncia do mensalão foi exemplo clássico da atuação de faz de conta. O tuiuiú Antonio Fernando, ex-procurador-geral, autor da denúncia do mensalão, fez grande estardalhaço denunciando "40 suspeitos" (deixou de fora o número um...). Ele consignou na peça acusatória que o PT havia constituído uma *"sofisticada organização criminosa para se perpetuar no poder"*. Isso fez muita gente acreditar que a atuação contra a organização criminosa seria real. Tudo não passou de encenação para disfarçar o fato de ele ter deixado de fora o principal suspeito de ser o chefe da *societa sceleris* (quadrilha), que sequer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

figurou como investigado. **Prova inequívoco da atuação de faz de conta no mensalão foi o surgimento do petrolão logo em seguida.**

18. Devido a essa proteção, a organização criminosa ficou por quase uma década e meia no comando do país e produziu dois esquemas criminosos gigantescos: o mensalão e o petrolão. Caso a organização não tivesse sido protegida, ela teria sucumbido no mensalão e não teria produzido o petrolão, maior esquema de corrupção do planeta, que só caiu por causa da Lava Jato, cujos corruptos, seus aliados, admiradores, bajuladores, aproveitadores de plantão e desinformados inocentes úteis tentam destruí-la.

19. Graças à Lava Jato, Lula está sendo responsabilizado por crimes praticados no varejo (pequenos crimes), pois foi protegido em relação aos crimes praticados no atacado (grandes crimes), no bojo do mensalão, quando sequer foi investigado. Caso Lula tivesse sido responsabilizado no mensalão, não teria havido o petrolão, que foi resultado da permanência da organização criminosa no poder.

20. Estou concluindo "o livro", cuja publicação pretendo fazer em breve (já poderia ter concluído, mas quero que seja "o livro" e não "um livro" rs...). A obra é de natureza técnica e realista na qual publico o que não saiu no Diário Oficial nem em órgão algum de comunicação. O trabalho é resultado da minha experiência no Serviço de Inteligência da Aeronáutica na década de 1980 e de 23 anos de atuação na área criminal do Ministério Público Federal.

21. Entre outros fatos e acontecimentos, exponho as atrocidades praticadas pelos tuiuiús para ganharem todas as "eleições da lista tríplice" e o que eles deram em troca para que o resultado da "eleição" fosse aceito por Lula e Dilma; relato como ocorreu a "traição" sofrida por Janot que o obrigou a lançar flechas contra "amigos", rompendo o acordo de permanência no poder, firmado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tacitamente entre tuiuiús e petistas, o que levou à queda dos dois parceiros; relato também como ocorreu a gravação do ex-senador Delcídio do Amaral e a tentativa de derrubada do Temer da Presidência da República etc. etc. etc.

22. De outra banda, falo da relação entre o Judiciário e o Ministério público, mostrando que, na prática,quem manda é o Judiciário, mas quem comanda é o Ministério Público; digo como funcionou internamente a Lava Jato e por que a operação foi/é exitosa; analiso, com base em fatos, as palavras do presidente Bolsonaro que, no segundo dia de governo, em solenidade no Ministério da Defesa, assim se dirigiu ao ex-comandante do Exército: *"Meu muito obrigado, Comandante Villas Bôas, o que já conversamos morrerá entre nós, mas o senhor é um dos responsáveis por eu estar aqui".*

23. De mais a mais, como sou "especialista" em análise de condutas, explico, com base em fatos, por que o ex-procurador-geral Rodrigo Janot tem caráter semelhante ao do ex-presidente Lula (os dois parecem irmãos gêmeos). Janot é esquerdista, mas, dependendo do seu interesse pessoal, joga contra a esquerda, como o fez por ocasião do *impeachment* de Dilma. Luiz Inácio Lula da Silva teve comportamento análogo com a esquerda durante o governo militar.

24. Também explico no livro, com base em fatos, por que Bolsonaro é amado por milhões de pessoas, muitas que o chamam de "mito", enquanto outras o odeiam. Claro que não posso deixar de falar sobre as condutas de Moro e Deltan, pois os conheço profissionalmente desde o início de 2004, quando fui promovido à Segunda Instância e passei a oficiar junto ao Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4), atuando em processos em grau de recurso, entre os quais os que vieram da 13ª VF de Curitiba, titularizada por Moro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

OS DIREITOS DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE SOBRE OS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRIVADAS, FALÊNCIAS, RETROCESSOS E CONQUISTAS

ALEX DE OLIVEIRA MELO: Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIDA – Universidad de La Integración de Las Américas, especializando em Compliance: Auditória e Controladoria e Didática do Ensino Superior pela UNL – Universidade Nilton Lins, especialista em Advocacia CivilCivil pela FMP – Faculdade do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em Direito Civil e Processual Civil pelo IESB – Instituto de Ensino Superior Brasileiro1.

BERNARDO SILVA DE SEIXAS

(Orientador)

RESUMO: Um emprego garantido e o sucesso da empresa onde este executa seu trabalho devido à concorrência empregada pelas empresas já atualizadas a esta nova fase econômica e industrial, provoca cada vez mais uma crescente demanda de pedido de falência das empresas por falta de capacidade competitiva. Assim, o objetivo geral é fazer uma análise sobre os direitos dos empregados em Empresas privadas em processo de Falência e como objetivos específicos: Contextualizar o mundo do trabalho no capitalismo; descrever os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores no cenário atual; destacar os fatores que levam uma empresa a falência; Identificar os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa. Metodologia: trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com bases em livros, artigos e revistas já publicados. Constatou-se que a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às

1 Especialista , em MBA Executivo - Gestão de Empresas e Negócios pelo CIESA – Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, graduado em Direito pelo CIESA – Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas e graduado em Tecnologia em Processamento de Dados pela UNINORTE – Centro Universitário do Norte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dívidas decorrentes de acidente de trabalho. Assim, os direitos dos trabalhadores são garantidos independente da empresa estar em processo de falência ou não.

Palavras-chave: Direitos dos trabalhadores; Falências das empresas; Trabalho.

ABSTRACT: Guaranteed employment and the success of the company where it performs its work due to the competition employed by companies already updated to this new economic and industrial phase, increasingly causes a growing demand for bankruptcy of companies due to lack of competitive capacity. Thus, the general objective is to make an analysis of the rights of employees in private companies in bankruptcy and as specific objectives: To contextualize the world of work in capitalism; describe the setbacks and achievements of workers' rights in the current scenario; highlight the factors that lead a company to bankruptcy; Identify workers' rights in the company bankruptcy process. Methodology: This is a bibliographical research, based on books, articles and magazines already published. It was found that the new Business Bankruptcy and Recovery Act, ordinary labor claims, were now paid together with other debts, and certain priority was assigned to others of a different nature, and this privilege was also extended to debts arising from of work accident. Thus workers' rights are guaranteed regardless of whether the company is in bankruptcy or not.

Keywords: Workers' rights; Corporate bankruptcies; Job.

INTRODUÇÃO

A partir do século XVIII, a história do trabalho começa a se modificar, contudo uma nova forma de exploração começa a surgir, principalmente nos países desenvolvidos. O capitalismo aparece com sua nova forma de explorar a mão de obra trabalhadora e mudando todo o contexto social das pessoas.

No cenário atual, os direitos dos trabalhadores, passa pelo processo de adequação aos novos tempos de economia globalizada, onde os países desenvolvidos já tem estruturados seus processos produtivos diante da demanda de conhecimento e tecnologia, assim os profissionais dos países em desenvolvimento, vivem preocupados com sua instabilidade financeira, um emprego garantido e o sucesso da empresa onde este executa seu trabalho devido à concorrência empregada pelas empresas já atualizadas a esta nova fase econômica e industrial, provocando uma crescente demanda de pedido de falência das empresas por falta de capacidade competitiva.

Diante do exposto as problemáticas levantadas foram: Porque os trabalhadores não conseguem receber seus direitos quando uma empresa entra em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo de falência? Como as empresas podem realizar seus pagamentos diante a uma crise ou falência? Quais fatores que levam as empresas a falência e porque não é identificado o quanto antes pelos seus gestores, de forma que possa solucioná-lo ou buscar estratégias o quanto antes?

> Assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral: Fazer uma análise sobre os direitos dos empregados em Empresas privadas em processo de Falência e como objetivos específicos: Contextualizar o mundo do trabalho no capitalismo; descrever os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores no cenário atual; destacar os fatores que levam uma empresa a falência; identificar os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa.
>
> O estudo será apresentado da seguinte forma: No primeiro momento será abordado, O trabalho versus capitalismo; Em seguida, Os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores e uma breve contextualização sobre as empresas; Depois, os fatores que levam uma empresa a falência e por fim, Os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa.

Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise global de alguns aspectos do que é uma empresa em processo de falência, bem como os direitos dos trabalhadores. Também foi utilizada a pesquisa Bibliográfica com base de dados em livros, revistas, artigos já publicados que retratam a temática.

O tema aprazado é de suma importância para a sociedade, pois esclarece os direitos dos trabalhadores diante a situação de uma empresa em processo de falência. Para academia a sua relevância está no que tange aos debates e pesquisa sobre a temática, onde está procura responder todas as dúvidas possíveis sobre a questão em evidência. Para o profissional de direito seu valor está em conhecer esses direitos para colocá-lo em pratica no que tange as suas atividades profissionais em prol dos trabalhadores.

1. O TRABALHO VERSUS CAPITALISMO

Com o surgimento do capitalismo, o trabalho agrário foi sendo abandonado e perdendo seu sentido e sua importância. O processo de trabalho entra em uma nova fase, bem como novas formas de se desenvolver o trabalho e uma força produtiva sob a dominação do dono do capital.

Conforme Pochmann (2016, p.19), "desde a segunda metade do século XVIII, o gradual abandono da sociedade agrária tem decorrido da ascensão do modo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

capitalista de produção". Ainda segundo o autor, o desenvolvimento das forças produtivas sob a dominação do capital teve como herança prévia a existência de uma economia mercantil em funcionamento a partir da divisão social do trabalho.

A partir do século XVIII, percebe-se que a história do trabalho começa a se modificar, contudo uma nova forma de exploração começa a surgir, principalmente nos países desenvolvidos ou capitalistas, assim desde 1990 esse sistema vem se desenvolvendo e ganhando visibilidade de forma global.

A História do trabalho, na sua amplitude, incluindo a história da classe trabalhadora – foi por muito tempo estudada sobretudo nos países de capitalismo avançado (ademais**,** com um foco restrito ao âmbito político nos chamados países socialistas) (HANNAH,1958). Contudo, desde os anos 1990, essa disciplina tem se desenvolvido no sentido de um verdadeiro projeto global.

Percebe-se que a história do trabalho interessou aos países capitalistas, bem como os países chamados socialistas. Sendo assim, no início de sua implantação o capitalismo se dá através do capital industrial, ou seja, a chegada das industrias mudam a história do trabalhador como um todo.

Para Pochmann (2016, p.19), "nas experiências iniciais de expansão capitalista por meio da predominância do capital industrial, identifica-se a necessidade de condições prévias, como, em geral, a existência da divisão social do trabalho em plena expansão da economia mercantil". Ainda os estudos do autor, é o que se observa a partir do século XVIII com o processo de industrialização e que se constituiu enquanto movimento temporal e localmente diferenciado no mundo.

Segundo Artur Pessanha (2013, p.7), "no plano das ações coletivas, as dificuldades introduzidas pela Reforma do Judiciário para a consecução de dissídios preocupam. Ainda segundo as autoras, o sindicalismo tem sabido explorar brechas".

Assim, os dissídios de natureza econômica, ou seja, salários, condições de trabalho, precisam de concordância dos patrões para serem instaurados, os juízes precisam discutir os desrespeitos às normas e à lei.

As relações de trabalho dizem muito, não só o que o indivíduo realiza, mas também influencia a convivência com a família (HANNAH, 1958). Nesse sentido, as mudanças no mundo do trabalho não só afetam o trabalhador, mas todo o meio em que está envolvido.

A sociedade capitalista valoriza três tipos de trabalhadores e verifica-se, pois, que do sentido negativo da antiguidade clássica passou-se a uma concepção de trabalho como valor e de sentido explorador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que na sociedade capitalista há três espécies de trabalhadores: os braçais, os intelectuais e os trabalhadores de capitais (PINHO e NASCIMENTO, 2000). Para Pochmann (2016, p. 18), "as forças produtivas, nesse sentido, não se limitam ao uso de máquinas pelo processo de trabalho, responsável pela elevação do excedente pela força de trabalho, mas a sua submissão à dinâmica de acumulação capitalista". O que significa a superação dos entraves da acumulação resultantes da estrutura técnica do capital.

A denominação do modo de produção em que o capital, sob suas diferentes formas, é o principal meio de produção, ou seja, tem como princípio organizador a relação trabalho assalariado-capital e como contradição básica a relação produção social-apropriação privada (LIBÂNEO, 2003).

Sendo assim, o capital aparece com diversas formas no que tange ao meio de produção, bem como as relações de trabalho, ao mesmo tempo que proporciona direitos ele também os tira em favor dos empresários.

A questão contratual da esfera do trabalho colocava o trabalhador e o empresário, para que discutissem, como seres livres, com direitos abstratamente iguais, as condições do serviço (RUSSOMANO,2002).

Contudo, essas condições de trabalho sempre quem ganhava mais era o empresário, o contrato sempre dava mais direitos ao empregador de que o empregado. O processo de produção capitalista supera as técnicas e habilidades realizada pelo homem.

A generalização vai permitir que se superasse a habilidade técnica do homem, e, em consequência, torna-se possível transferir o controle do processo produtivo das mãos do operário para as dos capitalistas, tornando-o dono da mão de obra do trabalhador. "MARGLIN,1980).

É a partir desse momento que começa a luta de classe, ou seja, o dono do capital versus o trabalhador que vende a sua força de trabalho. Vale ressaltar que o empresário luta por menos custos e mais lucros, enquanto o trabalhador luta por mais dignidade e respeito, bem como um trabalho digno e de valor.

Toda produção capitalista, pode-se dizer que não é apenas uma forma de trabalho, mas ao mesmo tempo processo de valorização do capital, tem em comum o fato de que não é o trabalhador quem usa as condições de trabalho (MARX,1984). Assim, são as condições de trabalho que usam o trabalhador de forma exploratória no que tange a valorização do capital.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Pochmann (2016, p. 23), "o capitalismo enquanto sistema produtor de mercadorias a partir da exploração do trabalho assalariado, identifica-se a forma industrial como superior no exercício da hegemonia sob as dimensões cultural, econômica, política, geográfica, pública e privada". Ainda segundo o autor, mesmo assim, convém destacar que a ascensão do capital industrial e o seu enquadramento no conjunto das forças produtivas não ocorreram de forma homogênea no tempo e espaço.

O modo de produção capitalista tem as suas determinações, bem como suas novas ideologias no que tange ao capitalismo contemporâneo, ou seja, o capital ainda determina as relações de trabalho, bem como sua configuração como um todo.

Nos estudos de Guerra (2013, p. 236), "na análise sobre o modo de produção capitalista e suas determinações, devem-se problematizar os traços predominantes na configuração do capitalismo contemporâneo, apreendidos numa relação de continuidade e ruptura".

Mediante sua transformação em autômato, o próprio meio de trabalho se confronta, ou seja, durante o processo de trabalho, com o trabalhador como capital, como trabalho morto que domina e suga a força de trabalho viva (MARX,1984).

Nesse sentido, o trabalho do homem é trocado pelas máquinas que o realiza com mais rapidez, ou seja, é um trabalho morto que suga o trabalho da força de trabalho vivo. Assim, percebe-se que ao longo da história do trabalho, o homem tem sido explorado através de sua força de trabalho pelo dono do capital, ou seja, duas classes que estão no mesmo lugar, porém com sonhos e desejos muitos diferentes.

1.1 Os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores

Com a Revolução de 30 o Brasil sai da economia agrária para entrar na economia industrializada como sinaliza Luz; Santin (2010, p. 3), " com a Revolução de 1930 surge o desafio de o Brasil sair da predominância de uma economia agrária para inserir-se numa sociedade industrializada". Contudo, foi marcada de um lado, pela aparição de relações de trabalho com maior grau de complexidade e desenvolvimento, e de outro, pela concretização da regulação do trabalho como instituto jurídico.

Segundo os estudos de Artur; Pessanha (2013, p.2), "no caso do Brasil, onde durante a experiência, digamos, mais "liberal" da primeira república, os trabalhadores e reformadores sociais conquistaram algumas poucas leis protetivas do trabalho"

Nesse sentido a Revolução de 30 marca a entrada em cena do Estado como mediador privilegiado dos conflitos trabalhistas. Sendo assim, as conquistas foram poucas através das leis protetivas do trabalho durante a revolução de 30.

Para Artur; Pessanha (2013, p. 2), "a Constituição de 1934 instituiu na letra a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, mas a implantação do projeto despertou a reação dos liberais".

A Constituição de 1988 fortaleceu o poder da Justiça do Trabalho nos momentos de julgamento de dissídios coletivos, confirmando seu poder de criar normas econômicas e sociais, contudo, a justiça reagiu devido aos movimentos ocorrido na época.

As Constituições Federais de 1946 e de 1967 (bem como a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram a jornada de trabalho em 8 horas e o módulo semanal em 48 horas. Entre 1946 e 1967 (nova Constituição) foram criados e/ou regulamentados importantes direitos trabalhistas por meio de leis esparsas como a Lei n. 605 de 05.01.1949 que detalhou sobre o repouso semanal remunerado e os feriados civis e religiosos, não obstante o disposto sobre a matéria nos artigos 68 a 70 da CLT. Só a lei poderia decretar feriados (PONTES, 2006).

Devido aos baixos salários, associados a ritmos de produção intensificados e jornadas de trabalho prolongadas, foi ainda pontuada pela desorganização do movimento operário e sindical, imposta pela vigência, entre 1964 e 1985, da ditadura militar (ANTUNES, 2010).

A Constituição de 1988 trouxe profundas mudanças no campo do direito do trabalho, Delgado (2008, p.126) as descreve da seguinte forma:

> Na temática da extinção do contrato de emprego, a Carta de 1988 caracterizou-se, contudo, por certa perplexidade, não firmando conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (art. 7º, III, CF/88), ampliando o acréscimo rescisório (art. 10, I, CF/88: fala-se em "multa fundiária") e minorando, desse modo, os efeitos negativos da dispensa para o empregado. Mas, em contrapartida, extinguiu a velha indenização celetista (art. 7º, I, CF/88; art. 447, caput, CLT), remetendo à legislação complementar a fixação de indenização compensatória.

O direito do trabalho é o primeiro corpo de legislação trabalhista como sinaliza Artur; Pessanha (2013, p.2), "o Direito do Trabalho é mais especificamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o primeiro corpo de legislação trabalhista, surgido durante a República de Weimar na segunda década do século XX, e em parte encampado pela nascente Organização Internacional do Trabalho-OIT".

A segunda revolução trouxe diversos direitos para o brasileiro, bem como greves e movimentos sociais, como sinaliza Almeida (2011, p. 27).

> A segunda revolução industrial como a principal causa econômica do aparecimento do direito do trabalho brasileiro, pois com ela surgiu novos métodos de produção acarretando na dispensa de milhares de trabalhadores provocando descontentamento do obreiro. Neste momento teve início os primeiros movimentos sociais, começando pelas greves violentamente reprimidas pelo poder público.

Os primeiros movimentos surgem devido a insatisfação dos trabalhadores com o trabalho realizado, bem como a forma de exploração dos patrões e a luta por direitos.

Para enfraquecer a luta operária se tornou lei federal o dia de descanso semanal, a jornada de trabalho de 8 horas, férias anuais remuneradas e a proibição do trabalho dos menores de 14 anos (SILVA JUNIOR, 2015). Embora as conquistas vistas hoje, na época mal saíram do papel, uma vez que os operários não podiam fazer greves ou manifestações.

Percebe-se que a partir do momento que os trabalhadores sofrem por imposições de seus empregadores é que surgem as greves e os movimentos sociais em prol de direitos.

Para IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2000), considerou-se como trabalho em atividade econômica o exercício de: Ocupação remunerada, em dinheiro, produtos, mercadorias ou benefícios (moradia, alimentação, roupas, etc.) na produção de bens e serviços; O IBGE sinaliza ainda que a ocupação remunerada em dinheiro ou benefício (moradia, alimentação, roupas, etc.) no serviço doméstico; Ocupação sem remuneração na produção de bens e serviços, desenvolvida durante pelo menos uma hora na semana.

Para Lopes (2015), a época ditatorial para os trabalhadores foi relativamente boa e voltada para o progresso. Os salários foram pagos em dia, quase todos os direitos foram respeitados, a única exceção que vale a pena mencionar era o direito, sendo assim a greve e reuniões sindicais ambos foram suprimidos como precaução contra manifestos antigoverno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Artur; Pessanha (2013), paralelamente, consolidou os poderes atribuídos ao Ministério Público do Trabalho, e também aos sindicatos, de atuarem na defesa de direitos difusos ou coletivos da categoria, através das ações civis públicas. Ainda segundo as autoras, sendo assim os sindicatos teriam que lutar pelos direitos dos trabalhadores, porem buscava uma defesa difusa ou coletiva da categoria.

Na década de 1990, no Brasil as transformações geradas pela nova divisão internacional do trabalho foram de grande intensidade, já que partiram de uma dinâmica interna, característica dos países de industrialização dependente, fundada na super exploração da força de trabalho (ANTUNES, 2015).

Diante disso, as novas conquistas são os acordos entre outros, bem como a assistência dentro do contexto das normas jurídicas, como sinaliza Antunes e Oliveira (2013, p.10).

> Os acordos ou convenções coletivas e costumes; as heterônomas em virtude de influências de terceiros, ou seja, intervenção estatal; a fim de suprir necessidades que resultam em emendas, decretos, sumulas; bases originais de decisões que formam a jurisprudência capaz a atender novas demandas também no âmbito das relações que tratam de matérias trabalhistas. Os trabalhadores e o estado configuram neste contexto, parte fundamental no estabelecimento de normas jurídicas. Por conseguinte, salienta-se a importância do comportamento do trabalhador como parte diretamente interessada nesta relação através de sua participação que influenciam novas conquistas.

O estado começa a fazer sua intervenção devido aos movimentos e cobranças realizadas pelos trabalhadores, novas conquistas são resultados da coletividade, bem como a participação do estado nas relações trabalhistas.

Para Artur; Pessanha (2013, p.3), "a possibilidade de reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da estrutura sindical voltaria fortemente à tona durante o governo Collor (1990/1992), com propostas de clara inspiração (neo) liberal".

As propostas (neo) liberal tem em seu bojo o processo de difusão da reestruturação produtiva, ou seja, fortaleceram e colocaram em cheque a legislação e os direitos trabalhistas como um todo.

A Convenção 158 da OIT, contra demissão injustificada, que poderia ter revertido esse último aspecto, foi denunciada pelo governo Fernando Henrique, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1996. Nesse sentido, o governo Lula a encaminhou para o Congresso Nacional em 2008, mas houve reações contrárias em Comissões de mérito (CARDOSO, 2003). No plano dos direitos individuais, continuamos convivendo com o que Cardoso chamou de "flexibilização a frio dos direitos trabalhistas".

Nesse sentido o mundo do trabalho vive momentos de metamorfose, ou seja, em constantes mudanças, contudo a Proposta de Emenda Constitucional- PEC contra o trabalho escravo é uma dessas conquistas como sinaliza a Repórter Brasil (2014), a PEC 438/2001 foi aprovada por 360 votos em segundo turno na Câmara dos Deputados na noite desta terça-feira, 22. Dos 414 presentes, além dos que se mostram favoráveis, 29 votaram contra e 25 se abstiveram. Ainda segundo a reportagem eram necessários 308 votos favoráveis para a PEC do Trabalho Escravo avançar. A vitória foi comemorada com os parlamentares cantando o Hino Nacional. [...] A medida determina o confisco de propriedades em que for flagrado trabalho escravo e seu encaminhamento para reforma agrária ou uso social.

Esta PEC representa para os brasileiros e para a sociedade um avanço no mundo do trabalho, pois ainda existe na atualidade o trabalho escravo, que precisa ser denunciado e fiscalizado. Porém, muitas vezes a justiça está sempre do lado dos grandes empresários burgueses, cabendo ao povo trabalhador lutar por seus direitos, bem como as garantias dos já conquistados, uma vez que vem acontecendo um desmonte desses direitos através das terceirizações, bem como novas leis trabalhistas, contudo o trabalhador entra numa fase de retrocessos dos direitos, onde precisa unir forças através dos movimentos sociais para ter seus direitos garantidos.

2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE AS EMPRESAS

No Brasil existem diversos tipos de empresas, assim pode-se dizer que há também diferença entre elas, não só no tamanho, mas também em características determinantes, segmentos e estrutura física e administrativa.

Segundo Pereira (2019, p.2), com o crescente número de MPE no Brasil, cerca de 98,9 % do total de empresas em 2007 (de acordo com dados do Sebrae), torna-se cada vez maior o interesse sobre tais instituições que hoje faturam R$ R$ 5,1 bilhões e ocupam 1,9 milhões de pessoas entre sócios e empregados.

Segundo Drucker (2003, p. 38), "explica que há uma dificuldade para determinar o tamanho das empresas. Desta forma, costuma-se avaliar sua estrutura administrativa. Para o autor uma empresa tem o tamanho da estrutura administrativa de que necessita". Nesse sentido, as empresas precisam ter uma organização no que se refere a sua estrutura física, bem como uma quantidade de trabalhadores, Assim:

> O Simples Nacional e o Art. 3º da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas classificam as MPE de acordo com sua formação jurídica e seu faturamento anual, sendo que a Microempresas (ME) é o empresário individual (antiga firma individual) a que se refere o artigo 966 do Código Civil Brasileiro, a sociedade empresaria (comercial) ou a sociedade simples (civil) que em cada ano tenha receita bruta anual igual ou inferior a R$ 240.000,00. Já as empresas de pequeno porte (EPP) é o empresário (antiga firma individual) a que se refere o artigo 966 do Código Civil Brasileiro, a sociedade empresaria (comercial) ou a sociedade simples (civil) que obtenha, em cada ano, receita bruta superior a R$ 240.000,00 e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00.(CARTILHA SIMPLES NACIONAL , 2008 p. 7 ; LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA EMPRESA , 2006).

Conforme Reichert; Camboim; Zawislak (2015, p.8), "cada empresa deveria poder saber, seja em função das características setoriais e da intensidade tecnológica de seu ramo de atividade, seja por conta do arranjo de suas capacidades". Sendo assim a sua estratégia de inovação deveria estar focada em produto, processo, gestão ou marketing e uma intensa tecnologia.

A distinção entre micro e pequenas empresas de acordo com a classificação do SEBRAE, que adota parâmetros como o número de empregados e divide estas em setor industrial e de comércio e prestação de serviços, define o seguinte: "empresas industriais com até 19 empregados são microempresas e com 20 a 99 empregados são empresas de pequeno porte". (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO, 2015, p. 4). As empresas comerciais ou de prestação de serviços com até 9 empregados são consideradas microempresas e com 10 a 49 empregados são empresas de pequeno porte.

Para Reichert; Camboim; Zawislak (2015, p.8), "empresas com nível superior de capacidade de inovação são aquelas sempre atualizadas, proativas e que desenvolvem sistematicamente novos produtos, essas empresas garantem seus níveis de excelência".

Contudo, existem também as empresas: Tecnológica, Operacional e a empresa gerencial que por sua vez desenvolvem atividades diferenciadas, mas que não deixam de ser importantes para a economia em desenvolvimento.

Segundo Oliveira (2004, p.122), existe um compromisso ético-social da empresa com a comunidade que precisa ser mensurado pela contabilidade e traduzido nas taxas de lucros esperados pelos investidores. Nesse sentido, este

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

compromisso ético- social, na linha dos interesses não-proprietários envolvem diretamente consumidores e trabalhadores e, de forma mais ampla, os membros da comunidade em geral.

As empresas são um dos principais pilares da economia, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho; de rendas tributárias; de fornecimento de produtos e serviços em geral; além de ser o principal motivador do sistema da livre concorrência; dentre muitas outras funções proporcionando a economia brasileira uma situação estável.

Conforme Mamede (2008, p.161):

> " (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica. Aliás, referências que foram dispostas, inequivocamente, da mais específica para a mais genérica, encontrando no terceiro nível (o estímulo à atividade econômica) o cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"

Assim, as empresas têm o compromisso com a sociedade, bem como proporcionar desenvolvimento nacional e diminuindo a pobreza e a marginalização. Garantindo também, a redução das desigualdades sociais existente nas regiões.

2.1 Os fatores que levam uma empresa a falência

Muitas empresas ao longo dos anos acabam fechando suas portas, ou seja, abrem processo de falência, assim deixam de contribuir com a economia, bem como o crescimento do país e deixando vários funcionários desempregados.

Conforme Da Silva e Alves (2018, p.2) sinaliza que:

> O Decreto-lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945, que normatizava o instituto de recuperação das atividades comerciais que passavam por dificuldades financeiras, para evitar a falência, não acompanhou os avanços da economia do país, surgindo a necessidade da instituição de uma lei que realmente abrangesse maior participação dos credores das empresas que sem encontravam em dificuldades financeira, aumentando assim, as chances de recuperação com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> consequente manutenção da atividade econômica e dos empregos.

Os profissionais de administração e de controladoria estratégica, no intuito de auxiliar e prover os gestores de orientações para que suas empresas de pequeno porte possam evoluir dentro de um mercado ainda novo, mas com grandes chances de sucesso em vez de abrir falência (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO (2015).

Conforme o relatório "Fatores Condicionantes e Taxas de Sobrevivência e Mortalidade das Micro e Pequenas Empresas no Brasil" realizado pelo Sebrae no ano de 2007, com dados de 2000 a 2005, nos estabelecimentos com até 2 anos de existência a taxa de mortalidade empresarial foi de 49,4% no primeiro triênio (2000-2002) tendo reduzido para 22,00 % entre 2003-2005 (PEREIRA, 2019, p.1).

Uma boa gestão organizacional pode evitar a falência, bem como todo problema de indenização dos trabalhadores, também outro fator que pode fazer com que a empresa feche as portas são as altas cargas tributarias e apoio do governo no que tange a economia.

De acordo com Da Silva e Alves (2018, p.2):

> Em 2005 entra, então, em vigor a Lei 11.101/2005, Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRR), trazendo como novidades os procedimentos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, que têm como finalidade, possibilitar que as empresas superem as dificuldades financeiras, continuando a atividade econômica, mantendo os postos de trabalho e pagando os tributos e benefícios sociais, ou seja, permite que as empresas se recuperem e cumpram a sua função social. Infelizmente, a aplicação da LFRR tem sido desvirtuada, sendo os procedimentos aplicados em algumas empresas de forma fraudulenta, a fim de se promover o "calote" aos credores, só que com total amparo legal, fugindo totalmente da sua finalidade primeira, que é a manutenção da empresa para cumprimento de sua função social.

A Lei trouxe grandes novidades no que tange a aos processos de recuperação das empresas, possibilitando a superação das dificuldades financeiras das mesmas.

Segundo a pesquisa divulgada pelo SEBRAE (2004) entre 70% e 80% das empresas no Brasil, fecham as portas antes de completarem dois anos de vida. Os motivos são vários e os empresários se justificam culpando alta carga tributária o a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

economia ou ainda a falta de suporte do governo. "A realidade é que normalmente as micros e pequenas empresas não fazem o planejamento adequado para se iniciar um negócio" (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO, 2015p. 4). Nesse sentido, alguns fatores comuns nas falhas do negócio são como sinaliza na tabela 1.

Tabela1: As causas mais comuns de falhas no negócio.

Inexperiência- 72 %	Incompetência do empreendedor; Falta de Experiência de campo; Falta de experiência profissional Experiência desiquilibrada.
Fatores econômicos - 20 %	Lucros insuficientes; Juros elevados; Perda de mercado; Mercado consumidor restrito; Nenhuma viabilidade futura
Vendas Insuficientes - 11 %	Fraca competitividade; Recessão econômica; Vendas Insuficientes; Dificuldade de estoques
Despesas excessivas - 8 %	Dividas e cargas demasiadas; Despesas operacionais
Outras causas - 3 %	Negligencia; Capital insuficiente; Clientes insatisfeitos; Fraudes; Ativos insuficientes

Fonte: Chiavenato (2008, p.15)

Segundo Pereira (2019, p.11), dentre os principais fatores apontados pela pesquisa, que influenciam a mortalidade precoce das MPE destaca-se as falhas gerencias, seguidas das causas econômicas conjunturais, e das políticas públicas e arcabouços legais. Assim, diversos fatores podem levar uma empresa a falência, caso não seja percebido o problema precocemente.

Para Pereira (2019, p.11), vale ressaltar a importância que a sobrevivência da MPE representa para o desenvolvimento econômico e social do país, pois, a quantidade de empregos mantidos e o faturamento em reais obtidos por essas empresas representam valores significantes para a nossa economia. Nesse sentido, a importância das empresas para a economia é de grande relevância, pois proporciona crescimento para o país economicamente.

3. OS DIREITOS DOS TRABALHADORES DIANTE O PROCESSO DE FALÊNCIA DA EMPRESA

Os direitos dos trabalhadores ao longo dos anos vêm se fortalecendo, bem como enfrentando diversos desafios no que tange a sua efetivação. Contudo, as empresas diante das Leis que asseguram o trabalhador precisam estar atentas e efetivar os direitos dos trabalhadores já garantidos por Lei.

Segundo Martins (2008, p.275), deliberando sobre o Decreto-lei nº. 368 de 19 de dezembro de 1968, sinaliza que: A empresa que estiver em debito salarial com seus empregados não poderá: pagar honorários, gratificações, pró-labore, ou qualquer outro tipo de retribuição, retirada ou distribuição do lucro a seus diretores, sócios, gerentes, conselheiros, consultores ou titulares de firma individual.

Conforme Da Silva e Alves (2018, p.6):

> O empresário que não cumpre com os direitos sacramentados pela CLT e as demais normativas protetivas dos trabalhadores, que prejudica o meio ambiente, que faz uso indevido de seus recursos de produção ou que desrespeita as regras da economia, acaba impedindo a empresa de cumprir a sua função social, e neste caso, comprovado o dolo em relação a estas situações, o empresário passa se considerado indigno, não merecendo amparo do instituto da Recuperação Judicial.

Segundo Da Silva e Alves (2018, p.11), o Estado deve conservar o correto exercício da atividade empresarial, seja fiscalizando, por meio de órgãos reguladores ou na instituição de leis que possibilitem a preservação das empresas em crise ou a finalização da atividade econômica.

Para silva e oliveira (2011, p.3), esta proteção ao direito do trabalhador decorre de diversas premissas trabalhistas, em especial da continuidade das relações de emprego e da despersonalização do empregador, que visam assegurar a igualdade das relações de trabalho.

Conforme Delgado (2008, p.103):

> No Brasil, a institucionalização do Direito do Trabalho teve como marco o ano de 1930, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista em 1945. Muitas das normas firmadas nesta época continuam tendo valia, já que, mesmo após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a legislação foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> em grande parte recepcionada, continuando a regular os principais aspectos das relações de trabalho.

De acordo com Silva e Oliveira (2011, p.12).

> Não concorda o relator com a alegação de que teria a Lei de Falência e Recuperação de Empresas criado uma hipótese de extinção do contrato de trabalho. Para ele, ainda que a venda dos ativos acarrete como resultado indireto a extinção dos contratos de trabalho, não haveria nisso relação nenhuma quanto a uma despedida arbitrária ou sem justa causa. Concluiu-se que não houve qualquer perda de direitos dos trabalhadores, eis que independentemente da categoria em que estiverem não deixam de existir, nem se tornam inexigíveis, apenas passam a ser quirografários. No que concerne ao valor limite de 150 salários mínimos, defendeu-se que o legislador agiu de forma razoável e proporcional, com o objetivo de proteger os trabalhadores bem como os demais credores.

Segundo Silva e Oliveira (2011, p.12), No regime a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, entretanto, ainda segundo os autores, a eles designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às dívidas decorrentes de acidente de trabalho, conforme disposição do art. 83 da referida norma

Além destes, terão privilégio no pagamento, nos termos do art. 151, 29 os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, tão logo haja disponibilidade em caixa (Brasil 2005).

Para Silva e Oliveira (2011, p.14), o princípio da preservação não justifica a inobservância dos direitos trabalhistas, conquistados por décadas de reivindicações e incansáveis lutas, até que fosse reconhecida a importância da prevalência do trabalho.

Os direitos trabalhistas diante o processo de falência precisa estar em observância e preservado, pois não se pode negar devido a sua conquista e efetivação nos dias atuais.

CONCLUSÃO

O estudo mostrou que as empresas são um dos principais pilares da economia, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho; de rendas tributárias; de fornecimento de produtos e serviços em geral; além de ser o principal motivador do sistema da livre concorrência; dentre muitas outras funções proporcionando a economia brasileira uma situação estável.

No que se refere o surgimento do capitalismo, o trabalho agrário foi sendo abandonado e perdendo seu sentido e sua importância. O processo de trabalho entra em uma nova fase, bem como novas formas, uma força produtiva sob a dominação do dono do capital.

No que tange aos fatores que levam as empresas a falência: os motivos são vários e os empresários se justificam culpando alta carga tributária o a economia ou ainda a falta de suporte do governo. Além, desses fatores há também a falta de planejamento por parte dos pequenos empresários no que se refere aos investimentos e gastos empresariais.

Assim, a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às dívidas decorrentes de acidente de trabalho, ou seja, a empresa se torna responsável pelas as devidas indenizações caso ocorra a sua falência.

Os direitos dos trabalhadores diante ao processo de falência precisam ser efetivados, pois a se trata de uma Lei que precisa estar em vigor independente da empresa estar ou não no processo de falência. Nesse sentido esta pesquisa é apenas um esboço que contribuirá para os profissionais da área do Direito, bem como para a sociedade e futuras construções cientificas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fátima Mendes; OLIVEIRA, Sonia de **Direito Trabalhista no Brasil: Origens e Avanços.** Curitiba- PR, 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/storage/app/uploads/public/588/4ce/62d/5884ce62d4237144695699.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. **A sociedade dos adoecimentos no trabalho.** Campinas- São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____.**Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2010.

ALMEIDA, André Luís Paes. **Material, Processual e Legislação Especial**, 9ª Ed. - São Paulo, Rideel, 2011.

ARTUR Karen; PESSANHA Elina Gonçalves da Fonte, **Direitos trabalhistas e organização dos trabalhadores num contexto de mudanças no mundo do trabalho: efeitos sobre os trabalhadores da saúde.** Rio de janeiro. 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n6/09.pdf&rct=j&sa=U&ved=2ahUKEwi9wtLl1KXaAhUDD5AKHfWSCoIQFjABegQICRAB&q=artigos+scielo+direito+ddo+trabalhi&usg=AOvVaw1QuxlKcWUuvNdObmFWYnZP>. acesso em: 26 de abril de 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. **O repouso semanal remunerado contemplado posteriormente pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XV) deve ser concedido aos domingos, em regra geral, mas a legislação esparsa contempla exceções. Se for concedido após sétimo dia consecutivo de trabalho gera direito ao seu pagamento em dobro de acordo com a Orientação Jurisprudencial** n. 410 da SDI-1 do TST.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União.** Brasília, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

CARDOSO, AM. **A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil.** São Paulo: Boitempo; 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Empreendedorismo: Dando asas ao espírito empreendedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, Cassio Aparecido; ALVES, Narana Souza. **A função social da empresa e o instituto da recuperação judicial**. **TCC-Direito**, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2008, 7ª ed.

DRUCKER, P. **Práticas de Administração de Empresas**. São Paulo: Pioneira, 2003.

GUERRA, Y. **Formação profissional em Serviço Social: polêmicas e desafios**. In: SILVA, J. F. S. da; SANT'ANNA, R. S.; LOURENÇO, E. A. de S.(Orgs.).Sociabilidade burguesa e Serviço Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HANNAH, Arendt. **The Human Condition**. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA EMPRESA. 2006. Disponível em < http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf >. Acessado em: 29 de jul. 2019.

LIBÂNEO J.C; OLIVEIRA J.F; TOSCHI M.S. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. São Paulo, Cortez 2003.

LOPES, Esther Beatriz Christmann. **A Evolução Histórica do Processo do Trabalho.** Osório- Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/320-artigos-dez-2015/7448-a-evolucao-historica-do-processo-do-trabalho-1>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. **As relações de trabalho e sua regulamentação no Brasil a partir da revolução de 1930.** Passo Fundo- Rio Grande do Sul, 2010, vol. 29, n.2, 268-278. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200015>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro Falência E Recuperação De Empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 161.

MARGLIN, Stephen A. **Origem e funções do parcelamento das tarefas**. "Para que servem os patrões?" In: Gorz, A., org. Critica da divisão do trabalho. São Paulo, Martins Fontes, 1980 p. 58.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 28ª ed. 2008 p. 275.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo, abril Cultural, 1984, v.1, t.2, cap. 13, p. 43-4.

OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 122.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

POCHMANN, M. **Capitalismo e desenvolvimento. In: Brasil sem industrialização: a herança renunciada**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, pp. 16-64. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/yjzmz/pdf/pochmann-9788577982165-02.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Rodrigo Carlos Marques. **Fatores de mortalidade de micro e pequenas empresas: um estudo sobre o setor de serviços**. 2019.

PONTES, de Miranda Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2006, t. 47, p. 236.

REICHERT, Fernanda Maciel; CAMBOIM, Guilherme Freitas; ZAWISLAK, Paulo Antônio. Capacidades e trajetórias de inovação de empresas brasileiras. **Ram. São Paulo. Vol. 15, n. 5 (2015), p. 161-194**, 2015.

REPÓRTER BRASIL. **PEC do Trabalho Escravo é aprovada na Câmara dos Deputados**. 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/62>. Acesso em: 25 abril. 2019.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TEIXEIRA, Carlos Alberto Chagas; DANTAS, Giane Gomes Teixeira; BARRETO, Carla Alessandra. A importância do planejamento estratégico para as pequenas empresas. **Revista Eletrônica Científica da FAESB**, v. 1, n. 1, 2015.

TINTI, Élidi Cristina. **Capitalismo, trabalho e formação profissional: [recurso eletrônico] dilemas do trabalho cotidiano dos assistentes sociais em Ribeirão Preto**, São Paulo / Élidi Cristina Tinti. – 1.ed. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qzyh6/pdf/tinti-9788579836558.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

SILVA JÚNIOR, Manoel Nicolau da. **História do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 set. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54338&seo=1>. Acesso em: 25 abril de 2019.

SILVA, Daiane Ramos da; OLIVEIRA, Lourival José de. **Da inconstitucionalidade à restrição da sucessão de empregadores na Lei de Falência**. **Revista do Curso de Direito da FGS Caxias do Sul ano**, v. 5, n. 10, p. 65-86, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N.º 108/2019. NOTAS SOBRE A EVENTUAL DESOBRIGAÇÃO DO EXAME DA OAB PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

LUIZ GUSTAVO PANTOJA: Advogado, Especialista em Direito de Empresa pela FADISP - Faculdade Autônoma de Direito, com experiência docente no magistério superior em Direito, sócio cofundador do escritório Luiz Carlos Pantoja Advogados

RESUMO: A PEC – Proposta de Emenda à Constituição n.º 108/2019, que cuida da natureza jurídica dos conselhos profissionais dispondo tratar-se de *"pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que atuam em colaboração com o Poder Público"*, prevê que a lei não estabelecerá limites ao exercício de atividades profissional ou obrigação de inscrição nos referidos conselhos. À vista disso, sob o enfoque do atual cenário mercadológico de prestação de serviços jurídicos no Brasil, o presente artigo analisa a possibilidade de desobrigação do Exame de Ordem Advogados para o desempenho da advocacia e suas repercussões.

PALAVRAS-CHAVE: Fatores de produção — Atividade econômica — Era do conhecimento — Advocacia — Competitividade — Copiar e colar — Constitucionalidade do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil.

Anarquia, entre outras acepções, representa[1] "falta de organização e/ou de liderança em qualquer tipo de atividade"; ou, ainda, "qualquer entidade, organização social etc. desprovida de direção e/ou normas". Em suma, trata-se de um pensamento tão obtuso e inconsistente quanto a crítica tecida por um de seus mais célebres sectários, o teórico político russo Mikhail Bakunin, ao capitalismo e à sociedade privada. Vejamos:

> "O que é a propriedade, o que é o capital em sua presente forma? Para o capitalista e para o detentor da propriedade, eles significam o poder e o direito, garantidos pelo Estado, de viver

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> sem ter de trabalhar. E, uma vez que nem a propriedade, nem o capital produzem qualquer coisa se não forem fertilizados pelo trabalho, isso significa o poder e o direito de viver à custa da exploração do trabalho alheio, o direito de explorar o trabalho daqueles que não possuem propriedade ou capital e que, portanto, são forçados a vender sua força produtiva aos afortunados detentores de ambos"[2]. (grifo nosso)

Explorados? Forçados a vender "força produtiva" àqueles que, sem nenhum merecimento, reúnem capital e propriedade? Viver à custa do trabalho alheio? Ora, não existe atividade organizada para a produção ou circulação de bens e serviços e, por conseguinte, trabalho assalariado, sem que alguém articule os fatores de produção: capital; mão de obra; insumos; e tecnologia. Esse alguém (investidores, empresários e sociedades empresárias, *v.g.*) assume o risco econômico, a iniciativa do empreendimento e, como bem assinalam Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede[3], cria condições para que sejam alcançados os objetivos fundamentais da República *"pois planeja, investe, estrutura, emprega pessoas, organiza a produção do trabalho individual, remunera-o, inova"*.

Mas o que isso tem a ver com a PEC – Proposta de Emenda à Constituição de autorida de Sua Excelência, o Ministro da Economia, Paulo Roberto Nunes Guedes e a virtual possibilidade de ser extirpada a obrigatoriedade de bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais serem aprovados no Exame da Ordem dos Advogados do Brasil para exercer a advocacia? Tudo.

No caos, na anarquia, ou, até mesmo, num cenário utópico de propriedade coletiva dos fatores de produção a maciça maioria das pessoas sempre se submeterá à influência de alguns poucos que se dedicaram a assimilar, compreender, conectar e estruturar informações de modo a adquirir um conhecimento que lhes permite viabilizar a concretização de empreendimentos de magnitude econômica. Daí o inexcedível acerto de Blagovest Sendov[4] ao afirmar que: *"Seres humanos sempre precisaram e consumiram informação. A necessidade de informação para o desenvolvimento do ser humano é tão importante quanto alimento e água. Mas na era da informação, esta se tornou um dos mais importantes recursos econômicos"*. (grifo nosso)

Tanto é assim que portentosas companhias transnacionais como Microsoft, Dell, Hewlett-Packard e Amazon tiveram início numa garagem ou no dormitório de seus fundadores, com parcos recursos financeiros e sem a contratação de mão de obra. A título de exemplo, o capital inicial da Hewlett-Packard foi de U$ 500,00 (quinhentos dólares) e o da Dell foi de U$ 1.000,00 (mil dólares)[5].

O Brasil possui mais de 1.500 (mil e quinhentos) cursos de Direito e mais de 1.100.00 (um milhão e cem mil) advogados. O mercado — *"centro de encontro entre a oferta e a demanda dos diversos sujeitos econômicos"*[6] — está saturado de pessoas que concluíram a graduação e que, após demonstrarem capacitação (conhecimentos teóricos e práticos), habilitaram-se à prática da advocacia.

O que isso representa? Escassez de vagas de trabalho, elevada dificuldade de se estabelecer como autônomo, aviltamento de honorários, vulnerabilidade financeira e social, deficiência técnica face à impossibilidade de investir em atualização e aperfeiçoamento.

Por certo esse crescente número de advogados não é capaz de afetar os profissionais e as bancas que construíram uma reputação jurídica (*ou estão progredindo na construção*) e que se destacam como referência em determinada *expertise*. Isso porque, via de regra, ignoram que o domínio técnico-científico em alguma área do Direito — *busca que muitos deixarão de lado, diga-se a propósito* — não representa nem o primeiro degrau da busca por uma existência digna nessa competitiva carreira.

Aliás, é bom que se diga que o simples fato de ter pós-gradução, seja *lato*, seja *strictu sensu*, não faz de ninguém um especialista, um profissional diferenciado. Afinal estamos na era do conhecimento, fase do desenvolvimento humano que pressupõe a capacidade de selecionar informação de qualidade e de desenvolver habilidades e competências para a solução sustentável dos complexos desafios do dia a dia. E incontáveis serão as intrincadas questões que diuturnamente serão colocadas à frente do operador do Direito que aspira ascensão. Sob essa ótica, perde tempo e dinheiro os que pensam que "incrementar o currículo" aumentando o número de certificados afixados na parede ou guardados em pasta fichário irá levá-los a algum lugar.

Nesse passo, caem a lanço as precisas considerações de Rodrigo Bertozzi e Renata Bucco: "*Ter sucesso na advocacia moderna significa ter empenho, foco, estratégia e*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

produção intelectual tangível"[7]. Acresça-se, ainda, a importância da *criatividade* nesse ambiente volátil e diversificado. Nas palavras de Newton José de Oliveira Neves e Milton Fagundes: *"Ser criativo significa achar solução nova para problemas novos e antigos. Embora não existam fórmulas prontas para exercitar a criatividade, é certo que ela está diretamente ligada à disposição de conhecer e estudar novos assuntos"*[8].

Revelando-se a oferta de serviços de novéis advogados maior do que a demanda de pessoas dispostas a remunerá-los, parte dessa larga massa é absorvida como mão de obra barata por bancas dispostas a acomodá-los em linha de montagem. A outra parte, que não conseguiu se instalar em alguma estrutura (escritório ou departamento jurídico), ainda que por baixíssima remuneração, para, a partir daí, dar os primeiros passos à obtenção de *know-how* e construção de *networking*, não tem outra opção senão lançar-se num árduo e inexitoso voo aonde o despreparo e a pressão financeira fazem com que a captação agressiva de clientela, a depreciação de honorários e à indigência intelectual expressa no "copiar e colar" tornem-se regras.

Consoante a assertiva dos já citados autores Rodrigo Bertozzi e Renata Bucco: *"A parte mais intrigante é que ficou tão fácil o copiar e colar que poucos realmente se dispõem a produzir conteúdo com inovação jurídica. O copiar e colar destruíram boa parte da advocacia mediana"*[9].

Mas se o caminho do sucesso nunca foi tão penoso para os advogados inseridos nessa conjuntura mercadológica (sendo que um sem-número sequer consegue sobreviver exclusivamente da profissão) como seria a realidade profissional e sócio-econômica dos bacharéis egressos dos mais de 1.500 (mil e quinhentos) cursos de Direito disseminados pelo Brasil que, *desobrigados do Exame da Ordem dos Advogados do Brasil e de inscrição no respectivo órgão de classe*, resolvessem atuar na prestação de serviços jurídicos?

A nosso pensar, se acaso viesse a ocorrer essa gigantesca profusão de prestadores de assistência em assuntos jurídicos, tornaria-se praxe — *precaução tão trivial e rotineira quanto checar o prazo de validade e as informações nutricionais dos produtos no supermercado* —verificar se o indivíduo possui habilitação outorgada pela Ordem dos Advogados do Brasil para a prática da advocacia. De mais a mais, por se tratar de um

eficiente instrumento de aferição de conhecimentos mínimos, a aprovação no Exame de Ordem sempre seria exigida pelos escritórios e empresas que possuem departamento jurídico interno em seus processos de contratação.

É, com efeito, difícil vislumbrar um nicho, um modo de subsistência para os bravos bacharéis que ousassem adentrar nessa selva, de qualquer forma: *"welcome to the jungle, watch it bring you to your knees, knees [...] it gets worse here everyday"*[10].

Contudo, a redação do primeiro artigo da PEC - Proposta de Emenda à Constituição n.º 108/2019, conduz à escorreita ilação de que isso não irá ocorrer, subsistindo o poder regulatório da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim prescreve o dispositivo, *in verbis*: *"Art. 174-A. A lei não estabelecerá limites ao exercício de atividades profissional ou obrigação de inscrição em conselho profissional sem que a ausência de regulação caracterize risco de dano concreto à vida, à saúde, à segurança ou à ordem social*." (grifo nosso)

A imperícia no desempenho da advocacia produz, sem sombra de dúvidas, irremediáveis riscos à vida, à saúde (física, mental, financeira, *v.g.*) e à segurança das pessoas (sejam físicas, sejam jurídicas); a inaptidão no processo de interpretação e aplicação das fontes primárias e secundárias do Direito bem como a deficitária compreensão acerca da organização e do funcionamento das instuições que compõem o Estado podem, sim, em grande escala, atentar contra à ordem social.

A questão já foi examinada no Recurso Extraordinário n.º 603.583/RS, no qual o Supremo Tribunal Federal, em composição plena, decidiu, por votação unânime, pela constitucionalidade dos arts 8.º, inciso IV e § 1.º, e 44, inciso II, da Lei n.º 8.906/1994, os quais condicionam a inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados à aprovação em exame de conhecimentos jurídicos e delegam à referida autarquia a atribuição de regulamentá-lo e promover, com exclusividade, a seleção dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Faz-se de pertinente transcrição o seguinte excerto do voto do eminente Ministro Marco Aurélio Mello, que atuou como relator:

> "quem exerce a advocacia sem a capacidade técnica necessária afeta outrem? A resposta é desengadamente positiva. Causa prejuízos, à primeira vista, ao próprio cliente, fazendo-lhe perecer o direito ou deixando-lhe desguarnecido, mas também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> lesa a coletividade, pois denega Justiça, pressuposto da paz social. Atrapalha o bom andamento dos trabalhos judiciários, formulando pretensões equivocadas, ineptas e, por vezes, inúteis. Enquanto o bom advogado contribui para a realização da Justiça, o mau advogado traz embaraços para toda a sociedade, não apenas para o cliente.
>
> O advogado ocupa papel central e fundamental na manutenção do Estado Democrático de Direito. O princípio geral da inércia da jurisdição, estampado no artigo 2º do Código de Processo Civil, faz com que o advogado assuma um papel relevantíssimo na aplicação e defesa da ordem jurídica. A ele cabe a missão de deflagrar o controle de legalidade e constitucionalidade efetuado pelos juízos e tribunais do país. Todo advogado é um potencial defensor do Direito, e essa nobre missão não pode ser olvidada. O constituinte foi altissonante e preciso ao proclamar, no artigo 133 da Lei Maior, que o advogado mostra-se indispensável à administração da Justiça. Insisto: justiça enquadra-se como bem de primeira necessidade; a injustiça, como um mal a ser combatido". (grifo nosso)

Destarte, a PEC em comento está em assonância com a parte final do inciso XIII[11] do art. 5.º da Constituição Federal, que põe à salvo a coletividade dos riscos inerentes a determinadas profissões ao condicionar o seu exercício à prévia obtenção de qualificações técnicas estabelecidas em lei.

Como tivemos a oportunidade de analisar, o conhecimento segrega, varre ilusões, fulmina sonhos imaturos, define quem vai estagnar e ser lançado no ostracismo e quem vai ficar e prosperar. Nessa ordem de ideias, o referido condicionamento constitucional igualmente protege os aspirantes a certas carreiras de ser impiedosamente devastados.

BIBLIOGRAFIA

BAKUNIN, Mikhail. *O sistema capitalista*. Disponível em: <https://anarquismorj.wordpress.com/sistema-capitalista-mikhail-bakunin/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

BERTOZZI, Rodrigo; BUCCO, Renata. *Marketing jurídico – o poder das novas mídias*. Curitiba: Juruá, 2012.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, versão monousuário 3.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MAMEDE, Gladston; Eduarda Cotta. *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO FRANCO, Vera Helena de. *Manual de direito comercial*. v. 1. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA NEVES, Newton José de; FAGUNDES, Milton. *A nova trajetória profissional*. São Paulo: Mission Desenvolvimento Profissional, 1999.

PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. *9 empresas que nasceram numa garagem*. Disponível em: <http:// revistapegn.globo.com/Como-comecar/noticia/2015/07/9-empresas-que-nasceram-numa-garagem.html>. Acesso em: 18 jul. 2019.

SENDOV, Blagovest. *Entrando na era da informação*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a08.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

NOTAS:

[1] Instituto Antônio Houaiss. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa, versão monousuário 3.0*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

[2] *O sistema capitalista*. Disponível em: <https://anarquismorj.wordpress.com/sistema-capitalista-mikhail-bakunin/>. Acesso em: 18 jul. 2019.

[3] *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

[4] *Entrando na era da informação*. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ea/v8n20/v8n20a08.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[5] *9 Empresas que nasceram numa garagem*. Disponível em: <http:// revistapegn.globo.com/Como-comecar/noticia/2015/07/9-empresas-que-nasceram-numa-garagem.html>. Acesso em: 18 jul. 2019.

[6] Vera Helena de Mello Franco. *Manual de direito comercial*. v. 1. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 58.

[7] *Marketing jurídico – o poder das novas mídias*. Curutiba: Juruá, 2012, p. 17.

[8] *A nova trajetória profissional*. São Paulo: Mission Desenvolvimento Profissional, 1999, p. 77.

[9] *Marketing jurídico – o poder das novas mídias*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17.

[10] Tradução: "Bem-vindo à selva, veja ela te colocar de joelhos, joelhos [...] fica pior a cada dia". Guns n' Roses. "Welcome to the Jungle". Composição: Izzy Stradlin; Slash; Duff McKagan; e Axl Rose.

[11] Reza o art. 5.º, inciso XII da Constituição Federal, *in verbis*: "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MÁRCIA CARVALHO DE LACERDA PAOLIELLO: Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica De Minas Gerais e Pós-Graduação em várias áreas do Direito pela Universidade Cândido Mendes

Artigo Científico Apresentado à Universidade Cândido Mendes - UCAM, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

RESUMO: O presente artigo trata acerca da aplicação do princípio da boa-fé na gestão pública, uma vez que este princípio possui repercussão no que se refere ao controle dos atos administrativos. Neste sentido, o objetivo é tratar da questão do princípio da boa fé como alternativa para o controle dos atos administrativos realizados pela administração pública. Para o desenvolvimento do artigo utilizou como base metodologia as pesquisas bibliográficas e também legislação existente sobre o assunto. Conclui-se que o Princípio da Boa Fé exerce um papel de grande importância no controle dos Atos Públicos realizado pela Administração Pública. Observou-se ainda que o princípio da boa-fé tem relação com o princípio da segurança jurídica, onde os dois devem caminhar junto, uma vez que tanto o princípio da segurança jurídica como o princípio da boa-fé buscam beneficiar o cidadão e encontra-se amparado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 e encontra-se ligado à confiança que uma pessoa possui em um ordenamento que sempre sofre mutações.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípio da Boa Fé. Direito Administrativo.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema O princípio da boa-fé no direito administrativo brasileiro. Neste sentido será abordada no decorrer do trabalho a importância deste princípio para o cidadão brasileiro na garantia de seus direitos enquanto cidadão realizado pela administração pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O princípio da boa-fé no direito administrativo brasileiro é como se fosse uma mola mestra da ordem jurídica. Assume papel fundamental quando se fala na legalidade, confiança e agilidade, uma vez que liga as exigências da vida moderna dando maior estabilidade as situações jurídicas, principalmente naquelas que apresentam vícios de ilegalidade. Silva (1996, p. 24) afirma que “o principio da boa-fé é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito”.

Neste sentido, a problemática deste estudo é: o cidadão brasileiro pode ter segurança e ainda confiar nos atos e decisões públicas no que refere seus direitos e também nas posições jurídicas emanadas da administração, distanciando-se a ideia de que são modificadas por motivos circunstanciais?

Para responder o questionamento deste estudo apontam-se as palavras de Barroso (2002, p. 49) “as pedras fundamentais em se assenta toda a organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preambulo e no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988”.

Assim, o princípio da boa-fé caracteriza-se como sendo uma mola mestra para o desenvolvimento da administração pública e ainda para o direito administrativo, possibilitando que a gestão pública seja realizada com maior rigor e também possam atender os anseios da sociedade.

DESENVOLVIMENTO

O princípio da boa-fé encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, e está expressamente previsto no Código Civil de 2003, nos artigos 113, 187 e 422. Existe ainda a previsão da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor, de 1990, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV. Possui uma inegável importância no Direito Civil, no que se refere ao campo contratual. E possui uma grande força normativa fora do campo privado, como é o caso do direito administrativo. A esse respeito Godoy (2004, p. 100),

> De toda sorte, expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive de espraiar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outra áreas do direito, como por exemplo, a do direito público.

Devido o reconhecimento da Constituição Federal sobre o valor da boa-fé, pautada na transparência, confiança, lealdade e cooperação, uma vez que a Carta Magna traz preocupação com a justiça material, desenvolvendo assim a dignidade da pessoa humana, favorecendo assim para a construção de uma sociedade justa, livre e solidária em relação aos seus objetivos fundamentais.

De acordo com Souza (2012, p. 8),

> Cumpre ressaltar que, parte da doutrina, com enfoque no Direito Administrativo, entende a boa-fé como subprincípio da moralidade administrativa. Na compreensão de que é veicula pelo princípio da moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988, posição que veio, a seu entender, ser ratificada pela Lei do Processo Administrativo. Assim, o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é manifesto resultado de junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas.

Nota-se na citação acima que o princípio da boa-fé no âmbito do direito administrativo possui uma grande defesa da Constituição Federal, onde possibilita que os agentes públicos, ou seja, a administração pública seja fiscalizada através deste princípio, possibilitando assim que o “povo” tenha seus direitos garantidos, através da prestação de serviço da administração pública.

Assim, o princípio da boa-fé favorece a sociedade, uma vez que o Direito Administrativo necessita de controles junto aos entes públicos para controlar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fiscalizar a administração pública através da prestação de serviços prestados pelos agentes públicos.

Vale salientar ainda as palavras de Souza (2012, p. 9), quando diz que,

> Independentemente do assento constitucional que é dado ao princípio da boa-fé, salienta-se que a Lei nº 7.784/99, deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao direito administrativo, ao princípio da boa-fé. Fê-lo em duas oportunidades: arts. 2º, parágrafo único, IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, e o art. 4º, inciso II, ao dispor que são deveres do administrador, perante a administração, proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé. O primeiro refere-se à boa-fé da Administração Pública; o segundo, do administrado.

Neste sentido, a Lei nº 9.784/99 positivou a boa-fé, a nível infraconstitucional, partindo assim como um dever para a Administração Pública e também para as pessoas privadas que inter-relacionam com a administração pública. Dallari e Ferraz (2002, p. 81), afirma que "a consideração da boa ou má-fé, tanto do particular que se relaciona como a Administração Pública quanto do agente público que se relaciona com o administrado, é também essencial à Administração Pública, configurando um princípio também de direito administrativo".

Moreira (2007, p. 75), considera que o princípio da boa-fé,

> Além de vincular o aludido princípio à moralidade administrativa, pois o compreende como dever do comportamento leal e honesto, não bastando o mero cumpridor impensado e automático da letra da lei, enuncia quinze consequências do princípio da boa-fé. Dentre elas, algumas, a nosso juízo, mais relevantes, a saber: proibição ao *venire* contra *factum proprium* (conduta contraditória,

> dissonante do anteriormente assumido, à qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas); dever do favor *acti* (dever de conservação dos atos administrativos, explorando-se ao máximo a convalidação); lealdade no fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever, ao retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); dever de sinceridade objetiva (não só dizer o que é verdade, mas não omitir qualquer fato ou conduta relevante ao caso concreto, tampouco se valer de argumentos genéricos e confusos).

Desta forma, o princípio da boa-fé não regulamenta apenas as condutas administrativas, mas também as decisões, bem como os exercícios dos resultados do processo administrativo, e ainda, deve a administração pública impor aos particulares com quem se relaciona.

> A boa-fé, portanto, impõe a supressão de surpresas, ardis ou armadilhas. A conduta administrativa deve guiar-se pela estabilidade, transparência e previsibilidade. Não se permite qualquer possibilidade de engodo – seja ele direto ou indireto, visando à satisfação de interesse secundário da Administração. Nem tampouco poderá ser prestigiada juridicamente a conduta processual de má-fé dos particulares. Ambas as partes (ou interessados) no processo devem orientar seu comportamento, tendo e extraprocessual, em atenção à boa-fé. Caso comprovada a má-fé, o ato (ou o pedido) será nulo, por violação à moralidade administrativa (MOREIRA, 2007, p. 88).

Assim, o princípio da boa-fé possibilita que deve haver relação de confiança, onde o gestor público deve levar em conta as relações existentes entre os particulares para que também seja aplicado o princípio da boa-fé fazendo com que a administração pública seja realizada de forma transparente, para que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito administrativo possa realizar tomar sua conduta em relação aos atos da administração pública.

O princípio da segurança jurídica juntamente com o princípio da boa-fé é considerado como um dos mais importantes no que se refere à atividade humana. A esse respeito Valim (2010, p 28),

> O princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas e o princípio da boa-fé impedem a desconstituição injustificada de atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Muitas vezes o desfazimento do ato ou da situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial do que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social. Por isso, não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público, seja os direitos de terceiros.

Assim, a importância da segurança jurídica visa proteger as expectativas do cidadão, ou seja, o gestor público deve valer-se de práticas passadas e dos precedentes da administração pública, que possibilitou e criou expectativas nos cidadãos, onde a administração pública irá buscar alternativas para que os atos e processos sobre seu poder seja tomado através de decisões específicas, consistentes, possibilitando segurança e boa-fé.

> O Estado é instrumento da sociedade e sua existência só tem sentido se estiver a serviço de todos e de cada um. Por isso, justifica-se a confiança que legitimamente os membros da sociedade nele depositam, não se admitindo que os agentes públicos possam desempenhar suas funções traindo essa confiança (MOREIRA NETO, 2006, p. 285).

Assim, a conjugação do princípio da segurança jurídica e o da boa-fé é possibilitar aos cidadãos confiança que o gestor público irá desempenhar seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalho de forma a atender todos os anseios da sociedade na administração pública. Conforme disserta Mello (2008, p. 124-125) “o direito brasileiro propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social e a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do homem: a da segurança em si mesma”.

> Os princípios da Segurança Jurídica e da Boa-Fé se justificam pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a consequente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será possível de contestação pela própria administração pública (DI PIETRO, 2007, p. 85).

A Constituição Federal de 1988 possibilitou que o Princípio da segurança jurídica e o da boa-fé fossem considerados como direitos e garantias fundamentais, principalmente ao analisar o artigo 5º, XXXVI, traz em seu bojo que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Mesmo que a segurança jurídica não se encontra explicita na carta magna, é princípio constitucional e encontra-se disciplinado dentre os direitos e garantias fundamentais (CANOTILHO, 1993).

> Devido a sua localização no texto constitucional, é possível verificar que existe impossibilidade de exclusão do ordenamento jurídico brasileiro, pois o art. 60 da Constituição da República veda qualquer deliberação à proposta de emenda constitucional cujo objetivo seja abolir os direitos e garantias individuais, e ainda, a compreensão da segurança jurídica como princípio impõe que a estabilidade das relações seja considerada como um das balizas para tudo o que tenha ligação com o direito, ou seja, tanto as ações estatais, quanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> as relações entre os indivíduos, devem analisar a segurança jurídica (PALU, 2004, p. 73).

Neste sentido, o cidadão não espera apenas do Estado à segurança a vida, segurança patrimonial, entre outros, mas o cidadão espera segurança jurídica, uma vez que a segurança jurídica é o mínimo que o Estado pode oferecer aos seus liderados, controlando atos e relações jurídicas eficazes e válidas.

No que se refere à confiança para com o cidadão para com o ente público deve esta respaldado no princípio da boa-fé, conforme descreve Couto e Silva (2005, p. 48),

> A regra do art. 54 da Lei n° 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa fé dos destinatários. A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários do ato administrativo estavam de boa fé e houve o transcurso do prazo quinquenal sem que o Poder Público houvesse providenciado na anulação do ato administrativo ilegal, configuram-se todos os requisitos para a incidência e aplicação do at. 54, perecendo, pela decadência, o direito à anulação.

Assim, é possível observar que o princípio da boa-fé juntamente com o princípio da segurança jurídica possibilita maior segurança para os cidadãos para com o ente público, ou seja, para com a administração pública, contribuindo para uma gestão mais clara, objetiva, dentro dos padrões da legalidade, da segurança, da agilidade, da confiança, entre outros.

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento deste trabalho ficou claro que é indiscutível que a administração pública deve ser pautada pela observância do princípio da boa-fé uma vez que este princípio possibilita os parâmetros dos valores positivos bem como da legitimação material e ainda da medida da legalidade.

O princípio da boa-fé possibilita que o ente público seja administrado com maior transparência e ainda sintetiza normas e possibilita que os atos públicos sejam realizados dentro dos parâmetros da legalidade, da segurança, de forma concreta, possibilitando assim melhor convívio social entre o entre público e os cidadãos, conforme descreve Souza (2012, p. 12),

> Tendo em vista que a boa-fé regula toda a atividade administrativa, como princípio informador da Administração Pública, é indubitável que a autotutela da Administração sofre influxos da boa-fé, pois impõe várias condicionantes para a invalidação dos atos administrativos. Este sentido se revela na vedação à aplicação retroativa de nova interpretação, de forma que não possam vir a anular os atos anteriores, sob o pretexto de que foram praticados com base em errônea interpretação; a fixação de prazos para anulação dos atos administrativos; a modulação dos efeitos dos atos administrativos inválidos, por meio do qual o ato é anulado, porém, sem aplicação dos efeitos retroativos à data em que foram praticados.

Neste sentido, é possível concluir que o princípio da boa-fé contribui de forma significativa e abrangente no ente público, fazendo com que os cidadãos tenham mais confiança e que os agentes públicos possam realizar o trabalho dentro dos parâmetros da legalidade, presteza, segurança, de forma ágil e eficaz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos**: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei n° 9.784/99). Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Número 2 – abril/maio/junho de 2005, 48.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2007.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira De. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de atos de Governo pela Jurisdicão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. **O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012.

VALIM, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA DEFESA DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

LISSA AGUIAR ANDRADE: bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, advogada, aprovada no Concurso para Promotor de Justiça do Estado de Rondônia e para Promotor de Justiça do Estado do Piauí.

Resumo: A relevância do artigo "A Importância da Defesa do Patrimônio Cultural Brasileiro" está em realizar um estudo sintético acerca dos principais pontos relativos à defesa do patrimônio cultural brasileiro, explanando seus fundamentos normativos e sociais, além dos instrumentos necessários à sua proteção. A metodologia utilizada no artigo quanto à finalidade, trata-se da pesquisa aplicada; quanto à abordagem, pesquisa qualitativa; quanto ao tipo, pesquisa descritiva; quanto ao procedimento, pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Patrimônio Cultural Brasileiro. Direito Ambiental.

Abstract: The relevance of the article "The Importance of Defending Brazilian Cultural Heritage" is to conduct a synthetic study about the main points related to the defense of Brazilian cultural heritage, explaining its normative and social foundations, as well as the instruments necessary for its protection. The methodology used in the article regarding its purpose is applied research; as for the approach, qualitative research; as for the type, descriptive research; as for the procedure, bibliographic research.

Keywords: Brazilian Cultural Heritage. Environmental law.

Sumário: Introdução. 1. Plano Nacional de Cultura. 2. Sistema Nacional de Cultura. 3. Instrumentos de proteção ao meio ambiente cultural. Conclusão. Referências.

Introdução

O meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Com relação às modalidades de meio ambiente, prevalece que existem quatro: natural, cultural, artificial e do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O art. 216 da Constituição Federal (CF/88) diz que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Esta previsão está no texto originário da Constituição Federal, sem qualquer emenda constitucional desde sua promulgação, representando o reconhecimento estatal da diversidade artística e cultural existente no País, fruto da miscigenação das diferentes regiões e costumes populares, atribuindo-se a tais bens valor de bem jurídico a merecer a tutela estatal.

Neste campo, doutrinariamente, o patrimônio cultural é classificado de diferentes maneiras. A Constituição preferiu a classificação sintética, entre patrimônio material ou imaterial. A doutrina costuma ser mais analítica, subdividindo o patrimônio cultural em patrimônio ambiental (ou natural); patrimônio artístico; patrimônio religioso; patrimônio arqueológico e patrimônio arquitetônico ou edificado.

Os incisos do art. 216 trazem alguns exemplos daquilo que é considerado patrimônio cultural brasileiro: formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; criações científicas, artísticas e tecnológicas; obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Tratando-se de meio ambiente, a competência para protegê-lo é comum dos entes federados. Aos Estados e ao Distrito Federal (DF) é facultado vincular um fundo estadual ao fomento da cultura até 0,5% da receita tributária líquida, conforme EC 42/03. Neste caso, fica vedada a aplicação desses recursos no pagamento de: despesas com pessoal e encargos sociais; serviço da dívida; ou qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

1. Plano Nacional de Cultura

A EC 48/05 inseriu no §3o do art. 215 da CF, o chamado Plano Nacional de Cultura. Esse plano deve ser instituído por lei, tendo como objetivos a defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; produção, promoção e difusão de bens culturais; formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; democratização do acesso aos bens de cultura; e valorização da diversidade étnica e regional

A Lei 12.343/10 instituiu o Plano Nacional de Cultura. Essa lei também cria o Sistema Nacional de Informações e indicadores culturais. O Plano Nacional de Cultura tem um prazo decenal (10 anos).

Devem ser formuladas e desenvolvidas políticas públicas para efetivar esse plano nacional de cultura criado por lei.

Os Estados, o DF e os Municípios apenas vão aderir ao Plano Nacional de Cultura se quiserem, devendo se dar essa anuência por meio de um termo de adesão voluntário, e, nesta hipótese, elaborarão os seus planos decenais até um ano após a assinatura deste termo, podendo a União oferecer assistência técnica e financeira aos entes da federação que aderirem.

A implementação do Plano Nacional de Cultura exige a observância de alguns princípios, dentre eles:

- Liberdade de expressão, criação e fruição;
- Diversidade cultural;
- Respeito aos direitos humanos;
- Direito de todos à arte e à cultura;
- Direito à informação, à comunicação e à crítica cultural;
- Direito à memória e às tradições;
- Responsabilidade socioambiental;
- Valorização da cultura como vetor do desenvolvimento sustentável;
- Democratização das instâncias de formulação das políticas culturais;
- Responsabilidade dos agentes públicos pela implementação das políticas culturais;
- Colaboração entre agentes públicos e privados para o desenvolvimento da economia da cultura; e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Participação e controle social na formulação e acompanhamento das políticas culturais.

São objetivos do Plano Nacional de Cultura:

- Reconhecer e valorizar a diversidade cultural, étnica e regional brasileira;
- Proteger e promover o patrimônio histórico e artístico, material e imaterial;
- Valorizar e difundir as criações artísticas e os bens culturais;
- Promover o direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções;
- Universalizar o acesso à arte e à cultura;
- Estimular a presença da arte e da cultura no ambiente educacional;
- Estimular o pensamento crítico e reflexivo em torno dos valores simbólicos;
- Estimular a sustentabilidade socioambiental;
- Desenvolver a economia da cultura, o mercado interno, o consumo cultural e a exportação de bens, serviços e conteúdos culturais;
- Reconhecer os saberes, conhecimentos e expressões tradicionais e os direitos de seus detentores;
- Qualificar a gestão na área cultural nos setores público e privado;
- Profissionalizar e especializar os agentes e gestores culturais;
- Descentralizar a implementação das políticas públicas de cultura;
- Consolidar processos de consulta e participação da sociedade na formulação das políticas culturais;
- Ampliar a presença e o intercâmbio da cultura brasileira no mundo contemporâneo;
- Articular e integrar sistemas de gestão cultural.

2. Sistema Nacional de Cultura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A EC 71/12 inseriu o art. 216-A na Constituição Federal, passando a prever o Sistema Nacional de Cultura. Esse sistema deve ser disciplinado por lei federal. O referido artigo teve por finalidade instituir um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. Insere-se dentro do contexto do sistema de repartição de competência constitucional, o sistema nacional de cultura pressupõe ação conjunta dos sistemas estaduais e municipais, aplicando-se a competência concorrente dos três entes sobre o tema (art. 24, VI, da CF de 1988).

Ressalta-se que o sistema nacional de cultura, já dentro do âmbito administrativo, é um processo de gestão e promoção das políticas públicas de cultura, em regime de colaboração de forma democrática e participativa entre os três entes federados (União, estados e municípios) e a sociedade civil, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais. Haverá um pacto entre os entes da Federação e a sociedade. O objetivo do Sistema Nacional de Cultura é promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.

A atuação do Sistema Nacional de Cultura é como órgão executor da promoção dos valores previstos no art. 216, e é composto de elementos obrigatórios: órgãos gestores da cultura; conselhos de política cultural; conferências de cultura; IV - planos de cultura; V - sistemas de financiamento à cultura; e facultativos: VI - comissões intergestores; VII - sistemas de informações e indicadores culturais; VIII - programas de formação na área da cultura; IX - sistemas setoriais de cultura.

O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na Política Nacional de Cultura, devendo observar os seguintes princípios:

- Diversidade das expressões culturais;
- Universalização do acesso aos bens e serviços culturais;
- Fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;
- Integração e interação na execução das políticas, programas, projetos e ações desenvolvidas;
- Complementaridade nos papéis dos agentes culturais;
- Transversalidade das políticas culturais;
- Autonomia dos entes federados e das instituições da sociedade civil;
- Transparência e compartilhamento das informações;
- Democratização dos processos decisórios com participação e controle social;
- Descentralização articulada e pactuada da gestão, dos recursos e das ações;
- Ampliação progressiva dos recursos contidos nos orçamentos públicos para a cultura.

3. Instrumentos de proteção ao meio ambiente cultural.

Na esfera federal foi criado o IPHAN, que é o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. O IPHAN é uma autarquia federal que está vinculado ao Ministério da Cultura, tendo como competência proteger, fiscalizar, promover e estudar o patrimônio cultural brasileiro.

A CF, em seu art. 216, §1o, traz um rol exemplificativo de defesa do patrimônio cultural brasileiro, que se dará por: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

3.1 Inventário:

Inventariar é listar, sendo o inventário uma espécie de listas dos bens culturais brasileiros.

3.2 Registro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Trata-se de instrumento de tutela de bens imateriais, pois a intangibilidade faz com que a tutela por meio do tombamento não seja compatível com a sua morfologia.

Na esfera federal, conforme o Decreto 3.551/00, foram criados quatro livros de registro, sendo este rol exemplificativo:

- Livro de Registro dos Saberes: onde serão inscritos conhecimentos e modos de fazer enraizados no cotidiano das comunidades;
- Livro de Registro das Celebrações: onde serão inscritos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social;
- Livro de Registro das Formas de Expressão: onde serão inscritas manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas e lúdicas;
- Livro de Registro dos Lugares: onde serão inscritos mercados, feiras, santuários, praças e demais espaços onde se concentram e reproduzem práticas culturais coletivas.

O processo de registro será levado à decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Esse conselho é que decidirá se haverá registro ou não. Antes dessa decisão do Conselho, o IPHAN emitirá parecer acerca da proposta de registro.

Em caso de decisão favorável do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, o bem será inscrito no livro correspondente e receberá o título de "Patrimônio Cultural do Brasil".

A partir do momento em que o bem é registrado, passará a ter proteção jurídica, de forma que a documentação por todos os documentos técnicos daquele bem e há uma ampla divulgação e promoção daquele bem cultural.

O IPHAN fará a reavaliação dos bens culturais registrados, pelo menos a cada 10 anos, e a encaminhará ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural para decidir sobre a revalidação do título de "Patrimônio Cultural do Brasil".

3.3 Vigilância:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vigilância é vigiar, contratando pessoas para prevenir a pichação em prédios tombados, por exemplo.

3.4 Tombamento:

Tombamento pode ser definido em duas acepções:

a) Tombamento em sentido amplo:

Tombamento é um procedimento administrativo que veicula uma modalidade não supressiva de intervenção concreta do Estado na propriedade. Esta propriedade poderá ser pública ou privada. O tombamento tem índole declaratória, pois reconhece o bem como patrimônio cultural. Além disso, tem o condão de limitar o uso, o gozo e a disposição do bem. Em regra, o tombamento é gratuito, pois quem é dono de um bem tombamento não tem direito à indenização. Ainda, o tombamento tem caráter permanente e é indelegável, destinado à preservação do patrimônio cultural material. O tombamento pode se dar sobre bens móveis ou imóveis, e poderá recair sobre monumentos naturais, sítios e paisagens de feição notável.

b) Tombamento em sentido estrito:

Tombamento é ato administrativo, sendo o ato de inscrição de um bem material em um dos Livros do Tombo. A competência para proteger o bem tombado é uma competência comum. É possível ainda que haja o tombamento de um determinado bem por mais de uma entidade política. Ex.: a União poderá tombar e em seguida o município também poderá tombar o mesmo bem. Lembrando que bens imateriais somente podem ser objeto de registro.

O tombamento poderá ser voluntário ou compulsório. Aquele ocorre quando o proprietário consente com o tombamento; já este quando o proprietário não consente com o tombamento. O tombamento também poderá se dar em relação a bens públicos. Neste caso, o tombamento é denominado de tombamento de ofício.

Inclusive, é possível que haja o tombamento de um bem da União pelo município. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) admitiu o tombamento por um município de bem federal, ainda que a União não tenha concordado. O fundamento é de que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a União continuou sendo a proprietária do bem, sendo certo que esta competência é comum entre os entes federados.

Ainda, é prevista uma cautelar chamada de tombamento provisório. Trata-se de uma medida cautelar que tem por objetivo proteger o bem até que haja o tombamento definitivo. Esse tombamento provisório surte efeitos desde o momento em que o proprietário é notificado. Neste caso, permanecerá até o momento em que haja o tombamento definitivo.

Na esfera federal, o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro livros do Tombo, conforme Decreto 25/37:

- Livro do Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico: as coisas pertencentes às categorias de arte arqueológica, etnográfica, ameríndia e popular.
- Livro do Tombo Histórico: as coisas de interesse histórico e as obras de arte histórica;
- Livro do Tombo das Belas Artes: as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;
- Livro do Tombo das Artes Aplicadas: as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.

É importante mencionar que o registro em cartório apenas dá a publicidade ao tombamento. Isso significa dizer que o registro cartorário não constitui o tombamento. O tombamento tem eficácia desde a notificação do proprietário, quando se tratar de tombamento provisório, ou desde a inscrição do bem no Livro do Tombo, quando se tratar de tombamento definitivo. Se o bem for imóvel, deve-se fazer o registro do tombamento no Cartório de Registro de Imóveis. Se o bem for móvel, o registro será no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

As coisas tombadas não podem ser destruídas ou demolidas, ou mutiladas de forma alguma. No caso de necessidade de restauração ou pintura do bem, o proprietário deverá pedir autorização prévia do órgão ambiental. Os bens que estão próximos ao bem tombado, sem prévia autorização, também não poderão fazer uma construção que impeça ou que afete a visibilidade do bem tombado. Além disso, os bens da vizinhança não poderão colocar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cartazes ou anúncios sem a autorização do órgão competente, no tocante ao bem tombado. Caso façam isso, estarão sujeitos a pena de multa.

Cabe ao proprietário arcar com a manutenção do bem tombado ou com a reparação do bem tombado. Caso não tenha recursos para custear a restauração ou manutenção do bem, deverá requerer ao Poder Público para que arque com essas despesas. É ainda previsto o direito de preferência (preempção) na aquisição de bens privados que foram tombados pelo Poder Público. Isto significa dizer que, se o proprietário quiser vender o bem pelo mesmo preço, o Poder Público tem a preferência em adquiri-lo.

Os bens públicos tombados passam a ser inalienáveis aos particulares, deixando de ser considerados bens dominiais, pois passam a estar afetados à preservação ambiental.

Prevalece na doutrina que a instituição de tombamento pode se dar por meio de lei, mas também é possível a instituição de tombamento pela via judicial. Há precedente do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que não é possível tombamento por lei, pois haveria violação do princípio da separação dos poderes. O ato de tombar seria um ato próprio do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Legislativo tombar, sob pena de violação à separação dos poderes. Contudo, o entendimento mais recente é no sentido de que é possível tombamento provisório por lei: "O ministro relator entende que não há vedação ao tombamento feito por ato legislativo, porque tal providência possui caráter provisório, ficando o tombamento permanente, este sim, restrito a ato do Executivo." ACO 1208, STF.

A doutrina admite o tombamento por meio do Poder Legislativo, Poder Executivo e inclusive pela via judicial.

Existe um tombamento que é feito diretamente pela Constituição Federal, os quais incidem sobre documentos e sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos.

Em relação à indenização pelo tombamento, em regra, não caberá. O tombamento, via de regra, é gratuito. No entanto, é possível que o proprietário do bem tombado comprove que experimentou prejuízos efetivos. Neste caso, caberá a indenização, conforme entendeu o STJ.

É possível ainda que haja o destombamento, quando:

- Houve equívoco na valoração cultural do bem: o bem não deveria ser tombado;
- Houve um vício que anule o processo administrativo de tombamento;
- Houve uma não atuação do Poder público com relação à restauração das obras do bem tomado, diante da falta de recursos do proprietário para arcar com as obras: o art. 19, §2o, do Decreto 25/37 admite expressamente o destombamento, estabelecendo que o cancelamento do tombamento é possível quando o poder público não arcar com as obras da restauração na hipótese de o proprietário não ter recursos para arcar com essas obras.

3.5 Desapropriação:

A desapropriação é uma modalidade supressiva de intervenção do Estado na propriedade. É uma medida extrema de proteção do bem cultural. Nesses casos, o fundamento é a utilidade pública, devendo o sujeito receber a indenização em dinheiro. É a intervenção através da qual Estado se apropria da propriedade alheia, após o devido processo legal, transferindo-a compulsoriamente e de maneira originária para o seu patrimônio, com fundamento no interesse público e, normalmente, mediante indenização.

A competência declaratória (1ª fase do procedimento) é apenas dos entes políticos, através de decreto do chefe do Poder Executivo ou por lei aprovado pelo parlamento. Vale ressaltar que se atribui essa competência, igualmente, ao DNIT e à ANEEL.

Para fins de reforma agrária, a competência é exclusiva da União. Por outro lado, a competência executiva para ajuizar a ação de desapropriação ou pagar o preço, por exemplo, pode ser repassada, por meio de lei ou contrato, à administração indireta e aos concessionários/permissionários.

Com relação às espécies de desapropriação, temos: (a) comum/ordinária/regular é justificada por utilidade/necessidade pública ou por interesse social; (b) florística: proteção ambiental; e (c) sancionatória: divide-se em: (i) Urbana (prevista no estatuto da cidade); (ii) Rural para fins de reforma agrária (previsão no art. 184/CF, LC 76 e lei nº 8.629/93); (iii) Confiscatória (art. 243, CF): Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

3.5.1 Fases do procedimento de desapropriação:

A primeira fase (declaratória), inicia-se com a publicação de ato de declaração da expropriação (decreto ou lei de efeito concreto), declarando o bem de utilidade pública ou de interesse social. Manifesta a vontade de possuir o bem. Os efeitos imediatos da declaração são: (a) fixa o estado do bem: só serão indenizadas benfeitorias posteriores se necessárias ou úteis, caso autorizadas essas últimas; (b) submete o bem ao poder expropriatório estatal: o Estado ainda não é proprietário, mas pode exercer alguns poderes sobre o bem, por exemplo, entrar para realizar medições; (c) confere ao Poder Público o poder de penetrar no bem, desde que não haja excesso e (d) inicia o prazo de caducidade, referente à perda da validade da declaração, visto que deve a Administração efetivar administrativamente a desapropriação ou, ao menos, ajuizar a ação de desapropriação. Com relação a este último efeitos os prazos são para utilidade ou necessidade pública, 05 anos renováveis por mais 05; e interesse social, 02 anos.

Já na segunda fase (executiva), há a adoção dos atos materiais (concretos) pelo Poder Público ou seus delegatários, devidamente autorizados por lei ou contrato, com o intuito de consumar a retirada da propriedade do proprietário originário. Pode ser: (a) administrativa: depois da declaração, a Administração propõe valor, que é aceito. Nesse caso, há verdadeiro contrato de compra e venda; ou (b) judicial: o valor não é aceito ou não se conhece o proprietário do bem. Nesse caso, deve ser ajuizada ação de desapropriação.

3.5.2 Ação de desapropriação:

Com relação à ação de desapropriação, no polo ativo constará o Poder Público ou delegatários e no polo passivo o proprietário do imóvel. Os requisitos da petição inicial são: (a) oferta do preço; (b) cópia do contrato ou do diário oficial em que houver sido publicado o decreto expropriatório; (c) planta ou descrição do bem a ser desapropriado e suas confrontações. A contestação só pode versar sobre vício no processo (preliminares) ou preço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há possibilidade de imissão provisória na posse por parte do poder público, se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada.

Nesse processo a prova pericial é plenamente cabível, sendo importante para a fixação do valor. A apresentação desse laudo pericial dar-se-á em até 05 dias antes da audiência. Ao final, na sentença, haverá: (a) fixação o valor da indenização (após o pagamento, consuma-se a desapropriação); (b) autorização de imissão definitiva na posse; (c) constituição de título hábil para registro (d) e o pagamento do valor, ou sua consignação judicial, que promove a transferência do bem.

Conclusão.

Um povo é conhecido e identificado quando se analisa e se compreende seus valores, sua história e sua cultura. Para tanto, é consensual nos dias atuais, que é função do Estado e dever da sociedade proteger o patrimônio histórico cultural, pois se trata da preservação da identidade de um povo.

Essa proteção tem por fundamento normativo a Constituição Federal de 1988 através da implementação da proteção dos direitos fundamentais de 3º geração e a constituição do Estado Democrático de Direito. A Magna Carta coloca a competência dos entes políticos, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, na medida em que inclui os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos, inclusive devendo ser impedidas as destruições e descaracterizações de tais objetos, conforme o art. 23, III e IV. Isso clareia a função dos entes políticos em tomar medidas administrativas e políticas que venham a preservar e valorizar a cultura.

Observa-se que a efetivação da proteção ao direito patrimonial cultural é materializada em diversos instrumentos normativos, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Referências.

DI PIETRI, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 2 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

VITORELLI, Edson. **Manual de Direitos Difusos**. 2 ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

UMA ANÁLISE DA INTERVENÇÃO NOS MUNICÍPIOS À LUZ DA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS

SAMUEL CUNHA DE OLIVEIRA: Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

RESUMO: Este trabalho analisa o instituto da intervenção no âmbito dos Municípios, apresentando o tema à luz da autonomia dos entes federativos. Discute-se, incialmente, a relação entre intervenção e autonomia municipal, na perspectiva da forma federativa de Estado; para, posteriormente, passar-se à descrição da competência, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais da intervenção nos Municípios. Como resultado, após pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, destacou-se o caráter excepcional da intervenção nos Municípios, bem como o importante papel que incumbe aos poderes Legislativo e Judiciário no seu controle.

Palavras-chave: Intervenção. Municípios. Federalismo. Autonomia.

ABSTRACT: This paper analyzes the institute of intervention within the Municipalities, presenting the theme in the perspective of the autonomy of the federative entities. Initially, the relationship between intervention and municipal autonomy is discussed, from the perspective of the federative form of state; later, the competence, assumptions of suitability and procedural aspects of intervention in the municipalities is described. As a result, after bibliographic and jurisprudential research, the exceptional character of intervention in the Municipalities was highlighted, as well as the important role of the Legislative and Judiciary branches in its control.

Keywords: Intervention. Municipalities. Federalism. Autonomy.

Sumário: 1. Introdução; 2. Intervenção e autonomia municipal na perspectiva da forma federativa de estado; 3. Competência, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais da intervenção nos Municípios; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Este artigo busca analisar o instituto da intervenção no âmbito dos Municípios, apresentando o tema à luz da autonomia dos entes federativos, garantida pela Constituição de 1988. Com efeito, muito embora ainda haja divergências doutrinárias acerca da posição dos Municípios na estrutura da Federação brasileira, o fato é que a Constituição de 1988 garantiu aos entes locais autonomia em relação aos Estados-membros e à União. Ao mesmo tempo, a atual Carta Magna estabeleceu hipóteses em que a autonomia municipal pode ser restringida, viabilizando-se a intervenção dos Estados-membros nos municípios localizados em seu território; ou da União nas municipalidades estabelecidas em Territórios Federais.

A temática discutida no presente trabalho afigura-se relevante, em face dos frequentes conflitos entre os entes federados no Brasil, que podem levar, se não resolvidos nos marcos da Constituição, a uma supressão da autonomia dos entes locais diante dos Estados e da União. Como prova disso, consigne-se que mesmo após a Constituição de 1988, diversas Constituições Estaduais, em seus textos originários, alargaram as condições materiais ou formais da intervenção nos Municípios para além das previstas pela Constituição Federal, o que tem sido, entretanto, rechaçado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para atingir o objetivo do trabalho, realizou-se pesquisa de caráter bibliográfico e jurisprudencial, discutindo-se, inicialmente, a relação entre intervenção e autonomia municipal, na perspectiva da forma federativa de Estado; para, posteriormente, passar-se à descrição da competência, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais da intervenção nos municípios, conforme a Constituição de 1988. Ao final, destacou-se o caráter excepcional da intervenção nos Municípios, bem como o importante papel que incumbe aos poderes Legislativo e Judiciário no controle das aludidas intervenções.

2 INTERVENÇÃO E AUTONOMIA MUNICIPAL NA PERSPECTIVA DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

O federalismo surgiu nos Estados Unidos da América, com a Constituição de 1787 (SILVA, 2009, p. 99), e sua construção teórica sofreu profunda influência da obra de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, "O Federalista", reunião de artigos que propunham um contraponto ao estabelecimento inicial daquele país como uma confederação, forma de Estado vista pelos proponentes do federalismo como fraca e incapaz de fazer cumprir as suas próprias normas (LIMONGI, 2002, p. 247). Com efeito, de acordo com Bonavides (1993, p. 207), o traço distintivo entre federações e confederações reside no fato de que, naqueles, há legislação unitária comum (federal), que obriga a todos os cidadãos dos diversos estados componentes da União, ao contrário do que se passa em Estados confederativos.

Conceitualmente, a Federação demanda a presença de alguns requisitos, tais como: autonomia dos Estados membros, concernente em competência constitucional própria dos entes subnacionais; participação dos Estados-membros no processo de reforma da Constituição; existência de uma instância judiciária superior, capaz de resolver os conflitos jurídicos eventualmente surgidos entre os entes federados. (BONAVIDES, 2007, p. 178).

No Brasil, a forma federativa de Estado foi adotada com a proclamação da República, em 1889, tendo sido mantida em todas as Constituições seguintes (SILVA, 2009, p. 99). Cabe ressaltar, todavia, que em determinadas Constituições brasileiras, o federalismo foi apenas nominal, dado o elevado nível de centralização do poder político e administrativo. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a Constituição do Estado Novo, de 1937, que, embora tenha formalmente adotado o federalismo em seu art. 3º, na prática instituiu um Estado unitário, tendo os Estados assumido o papel de meras subdivisões administrativas do Estado nacional (LOEWENSTEIN, 1942, p. 52). Situação semelhante se deu com a Constituição de 1967, e sua Emenda nº 1, de 1969 (SILVA, 2009, p. 99).

A posição dos Municípios na organização do Estado é tema que tem passado por transformações na história constitucional brasileira. Com efeito, a Constituição de 1891, a primeira a estabelecer a forma federativa de Estado, proclamou o princípio da autonomia municipal nos assuntos de seu "peculiar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

interesse", de forma genérica e sem a previsão de instrumentos de defesa e efetivação concreta dessa autonomia. Nesse período não se entendia que os Municípios compusessem a estrutura da Federação, percebida, em uma concepção ortodoxa, como a união dos Estados-membros, estes sim realmente autônomos. Nesse diapasão, conferiu-se aos Estados-membros a organização dos Municípios, fato esse que levou à submissão dos governos locais ao controle hierárquico dos Estados durante a Primeira República. Entretanto, pouco a pouco se passou a entender a autonomia municipal como um princípio constitucional da União, o que restou cristalizado com a reforma constitucional de 1926, que, positivando esse princípio, dotou-o de importante ferramenta concretizadora, consistente no mecanismo da intervenção federal no Estado-membro em caso de violação à autonomia dos Municípios. Nos textos constitucionais seguintes, muito embora se vislumbre alternância entre períodos de maior autonomia e centralização, conforme o momento político assim o exigisse, manteve-se a tendência de uma presença crescente dos Municípios nas Constituições Federais. (HORTA, 1982)

Chega-se, então, à Constituição de 1988. Remanesce ainda certa divergência doutrinária quanto à posição dos Municípios na Federação brasileira, em face da vigente ordem constitucional. É certo que a atual Carta Magna proclama, em seus arts. 1º e 18, que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e *dos Municípios*, sendo todos estes entes autônomos (BRASIL, 1988). Nessa ordem de ideias, uma abordagem meramente dogmática e literal da questão levaria à conclusão inexorável no sentido da participação dos entes locais na Federação brasileira. Contudo, há autores, como José Afonso da Silva (2009, p. 474-475), que não reconhecem os Municípios como entidade federativa autônoma, entendendo que se tratam apenas de divisões dos Estados. Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 865), por seu turno, afirmam que, embora seja predominante a posição de que os Municípios tornaram-se integrantes da Federação a partir da Constituição de 1988, existem fortes argumentos em contrário, na medida em que a) os Municípios não participam da formação da vontade federal, o que se dá no Senado; b) os Municípios não possuem Poder Judiciário próprio; c) a intervenção nos Municípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ficou a cargo dos Estados, e não da União. Paulo Bonavides (2009, p. 344), de outra banda, entende que, a partir da Constituição de 1988, a posição do Município é “indissociável da essência do próprio sistema federativo”.

Nada obstante as referidas discussões doutrinárias, que poderiam levar à caracterização do Município como um ente federativo *sui generis*, como sói acontecer nos casos em que doutrina e jurisprudência não conseguem chegar a uma conclusão acerca da natureza jurídica de determinada instituição, o fato é que a Constituição Cidadã estabeleceu os municípios como entes autônomos em relação aos Estados e à União, seguindo e aprofundando a tradição estabelecida na história constitucional republicana do Brasil.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 640), a autonomia de que trata a Constituição “significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior”. O mesmo autor (2005, p. 641) aduz que a autonomia municipal assenta-se em certas características, quais sejam: a) capacidade de auto-organização, que consiste na elaboração de lei orgânica própria; b) capacidade de autogoverno, ou seja, eleição de seus próprios mandatários e representantes legislativos; c) capacidade normativa própria, que é a aptidão para elaborar leis próprias, sobre matérias de sua competência; d) capacidade de autoadministração, significando a existência de uma administração própria, executando serviços de sua competência.

Contudo, a Constituição Federal também determina que tal autonomia deve ser exercida nos termos da própria Carta Magna. Nessa trilha, a Lei Maior traz algumas situações excepcionais em que haverá uma intervenção de certos entes em outros, afetando assim (de forma temporária, é certo) suas autonomias, o que também ocorre no caso dos Municípios.

3 COMPETÊNCIA, HIPÓTESES DE CABIMENTO E ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DA INTERVENÇÃO NOS MUNICÍPIOS

No que concerne aos Municípios, o texto constitucional prevê que estes somente podem sofrer intervenção por parte dos Estados nos quais se achem inseridos. É dizer, não é possível que haja intervenção federal em Municípios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

situados dentro da circunscrição de um Estado-membro. Existe, contudo, uma hipótese em que seria possível intervenção federal no âmbito dos Municípios, qual seja, quando estes estejam situados em Territórios Federais. Vale ressaltar, entretanto, que atualmente a figura dos Territórios Federais – e, por conseguinte, a intervenção federal em municípios neles localizados - possui importância meramente histórica e doutrinária, tendo em vista que, com a Constituição de 1988, os territórios antes existentes (Roraima, Amapá e Fernando de Noronha) foram extintos. (PORTO, 2000)

Consigne-se que o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se pronunciar sobre a matéria acima exposta no julgamento de Questão de Ordem na Intervenção Federal n. 590-2/CE, em que foi relator o Min. Celso de Mello. No referido caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará) solicitou ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) providências no sentido da decretação de intervenção federal no Município de Ibiapina, localizado no Estado do Ceará, em virtude da não inclusão no orçamento anual da municipalidade de verba necessária ao adimplemento de precatório expedido pelo aludido Tribunal Regional. O TST, então, encaminhou a proposta de intervenção ao Supremo Tribunal Federal, o qual, contudo, não conheceu do pedido, reconhecendo a impossibilidade de decretação de intervenção federal em Município localizado em Estado-membro, nos seguintes termos:

> Impossibilidade de decretação de intervenção federal em Município localizado em Estado-membro. Os Municípios situados no âmbito dos Estados-membros não se expõem à possibilidade constitucional de sofrerem intervenção decretada pela União Federal, eis que, relativamente a esses entes municipais, a única pessoa política ativamente legitimada a neles intervir é o Estado-membro. Magistério da doutrina. Por isso mesmo, no sistema constitucional brasileiro, falece legitimidade ativa à União Federal para intervir em quaisquer Municípios, ressalvados, unicamente,

> os Municípios 'localizados em Território Federal...' (CF, art. 35, *caput*). (BRASIL, 1998)

No que concerne às hipóteses em que resta viabilizada a intervenção em Município, estas constam do art. 35 da Constituição da República, que possui a seguinte redação:

> Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
>
> I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
>
> II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
>
> III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
>
> IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial. (BRASIL, 1988)

Por ser a intervenção uma medida extrema, que importa em grave ataque à autonomia de um ente federado, as situações que a ensejam são taxativas, de forma que não cabe à Constituição Estadual criar novas hipóteses de intervenção. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal esposa esse entendimento, conforme decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 336/SE, em que foi relator o Min. Eros Grau. No referido aresto, em que se apreciou ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Sergipe em face de dispositivos da Constituição do referido Estado-membro que, dentre outros vícios, permitiam a intervenção estadual em Municípios em casos não previstos no art. 35 da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as disposições do art. 35 da Constituição de 1988 consubstanciam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preceitos de observância obrigatória pelos Estados-membros, sendo inconstitucionais quaisquer ampliações ou restrições às hipóteses de intervenção. Colaciona-se, a propósito, excerto da ementa do mencionado julgado:

> "Ação direta julgada procedente em relação aos seguintes preceitos da Constituição sergipana: (...) Art. 23, V e VI: dispõem sobre os casos de intervenção do Estado no Município. O art. 35 da Constituição do Brasil prevê as hipóteses de intervenção dos Estados nos Municípios. A Constituição sergipana acrescentou outras hipóteses." (BRASIL, 2010)

Nada obstante, como mostra da fragilidade que a autonomia municipal ainda enfrenta no panorama jurídico-político nacional, mesmo após a Constituição de 1988, cita-se o fato de que diversas Constituições Estaduais, em seus textos originários, trouxeram condições materiais ou formais diversas das previstas pela Constituição Federal para a intervenção estadual nos municípios[1]. Demais disso, mesmo após essas Constituições locais terem dispositivos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito ao alargamento das hipóteses de intervenção nos Municípios, na linha da jurisprudência supramencionada, em alguns Estados continua-se a intervir nos entes locais de forma indevida, sendo exemplo disso a intervenção mediante atuação do Tribunal de Contas, não prevista no modelo constitucional federal. (GALANTE; PEDRA, 2016)

Cabe frisar que qualquer cidadão pode representar para que seja providenciada a intervenção em Município, caso esteja ocorrendo alguma das irregularidades previstas na Constituição. Entretanto, a praxe é a solicitação por parte do presidente da Câmara Municipal, no caso dos incisos I, II e III do artigo 35 da Constituição Federal, ou do Chefe do Ministério Público Estadual, na hipótese do inciso IV do mesmo dispositivo constitucional; sem prejuízo da atuação de ofício do Governador do Estado, caso venha a tomar conhecimento das irregularidades ensejadoras da intervenção estadual nos Municípios. (PEREIRA, 2012) Em todo caso, tratando-se de ato de natureza política, independentemente de quem venha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a requerê-la, a intervenção apenas pode ser decretada pelo Governador do Estado, ressalvando-se que na hipótese do art. 35, IV, faz-se necessário que o Tribunal de Justiça julgue procedente a representação interventiva. Incumbe ainda ao Governador do Estado especificar a amplitude, o prazo e as condições para o ato interventivo a ser executado. (BULOS, 2018)

Decretada a intervenção, em alguns casos será necessária a nomeação de um interventor para o Município, com a incumbência de administrá-lo, em substituição ao Prefeito. Ressalte-se, contudo, que nem sempre será necessária a nomeação de um interventor. Há que se analisar, em cada caso concreto, tal necessidade, haja vista que, em certas situações, bastará a sustação do ato que ensejou a intervenção. Por isso mesmo, proclama a Constituição Federal, em seu art. 36, §1º, que o decreto de intervenção trará, "se couber", a nomeação de interventor:

> §1º - O decreto de intervenção, que especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução e que, **se couber**, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembleia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas (grifo adicionado) (BRASIL, 1988 – grifou-se)

O interventor prestará contas de sua atuação ao Governador, ou ao Presidente da República, conforme o Município objeto de intervenção situe-se em Estado ou Território Federal, tendo sua administração financeira fiscalizada pelo Tribunal de Contas do Estado ou da União, respectivamente. No exercício de suas atribuições, o interventor é agente público, tendo suas funções demarcadas pelo ato que decreta a intervenção. Depois de cessadas as causas que levaram à intervenção no Município, as autoridades afastadas retornarão, em regra, às suas funções, sem prejuízo da apuração de suas responsabilidades nas instâncias cabíveis (administrativa, cível e criminal). (SILVA, 2005, p. 491)

O dispositivo constitucional acima mencionado trata, igualmente, da apreciação do decreto de intervenção pela Assembleia Legislativa do Estado. Cabe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

salientar que o texto da Carta Magna fala em apreciação, de sorte que o Legislativo não se limitará, é certo, a ser informado sobre o ato de intervenção; deve, sim, verdadeiramente fazer um "julgamento de aprovação e de rejeição, como, aliás, está expressamente estabelecido no art. 49, IV, que lhe dá competência exclusiva para aprovar ou suspender a intervenção" (SILVA, 2005, p. 488). E nem poderia ser diferente, tendo em vista que os Poderes são harmônicos e independentes entre si, não havendo nenhuma subordinação entre eles, conforme dispõe a Constituição em seu art. 2º.

Todavia, nem sempre será necessária a apreciação do ato pelo Poder Legislativo. O art. 36, §3º da Constituição Federal prevê uma exceção a essa regra: a hipótese de intervenção no âmbito dos Municípios que dispensa a apreciação pelo Legislativo é a que ocorrerá quando o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (CF, art. 35, IV).

É importante ressaltar que, segundo a Súmula nº 637 do Supremo Tribunal Federal, "Não cabe recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município" (BRASIL, 2003). É que, ainda conforme o entendimento prevalente na Corte Suprema, "a decisão de Tribunal de Justiça que determina a intervenção estadual em Município tem natureza político-administrativa, não ensejando, assim, o cabimento do recurso extraordinário" (BRASIL, 2008).

Desse modo, tratando-se a intervenção de um ato político-administrativo, entende-se que não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito da decisão política adotada, aspecto que deve ser discutido pelo Poder Legislativo, a quem cabe o controle político do ato interventivo, como antes mencionado. Todavia, é certo que existe a possibilidade de controle judicial caso seja violado algum direito ou garantia fundamental, bem como na hipótese de intervenção decretada sem observância mínima dos pressupostos constitucionais (i.e., intervenção com base em situação alheia às elencadas na Constituição Federal), na medida em que a vigente ordem constitucional adotou o princípio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

inafastabilidade da jurisdição em seu art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Deriva igualmente da natureza político-administrativa da intervenção a conclusão de que o afastamento do Prefeito, em virtude do ato interventivo, não configura julgamento de sua condução dos negócios públicos, nem mesmo penalidade relacionada a eventuais irregularidades que tenha cometido. Nesse sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, conforme julgado no Recurso Extraordinário nº 94.252-1/PB, Relator Min. Leitão de Abreu. (BRASIL, 1981) Disso não decorre, entretanto, que devam ser afastadas as garantias do contraditório e da ampla defesa ao mandatário eventualmente afastado em virtude da intervenção. Ao revés, a jurisprudência do STF entendeu que esse afastamento, embora provisório, deve ser precedido da garantia de defesa ao Prefeito, acusado de irregularidades, consoante decidido no Recurso Extraordinário nº 106293/PE, Relator Min. Néri da Silveira. (BRASIL, 1989)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nada obstante as divergências doutrinárias acerca da posição dos Municípios na estrutura federativa brasileira, é certo que tais entes, no vigente panorama constitucional, possuem autonomia, consistente nas capacidades de auto-organização, de autogoverno, normativa e de autoadministração. Contudo, embora a autonomia dos entes federativos – e dos Municípios, em particular -, seja protegida pela Constituição Federal, não pode ser encarada de forma absoluta, porquanto existem hipóteses excepcionais em que a própria Constituição entende que, para preservar o equilíbrio federativo e outros interesses constitucionalmente relevantes, torna-se necessária uma ingerência de alguns entes nos negócios de outros.

Entretanto, por configurar uma restrição na esfera de desenvolvimento autônomo das municipalidades garantida pela Constituição, a intervenção nesses entes deve ser encarada como medida excepcional, não podendo ser banalizada. Entende-se, assim, em primeiro lugar, ser primordial o preenchimento dos requisitos constantes na Constituição Federal, não havendo que se falar na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ampliação de hipóteses de intervenção para além das constantes da Carta Magna, conforme entendimento sedimentado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Demais disso, destaca-se o importante papel que cabe ao Legislativo no que concerne às intervenções nos Municípios, pois a esse Poder, legítimo representante da vontade popular, incumbe a apreciação e o julgamento sobre a real necessidade da decretação de medida tão drástica. Por fim, muito embora não lhe caiba se imiscuir no mérito do ato interventivo, ao Poder Judiciário também se reserva a defesa dos direitos e garantias fundamentais, bem como o controle de legalidade e constitucionalidade da intervenção, com fulcro no princípio da inafastabilidade da jurisdição.

5 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 336/SE.** Relator: Min. Eros Grau. Plenário. *DJE* de 17 set. 2010. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614230>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 597.466-1/SP.** Relator: Min. Joaquim Barbosa. Segunda Turma. *DJE* de 1 fev. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=507395>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Intervenção Federal n. 590-2/CE (Questão de Ordem).** Relator: Min. Celso de Mello. Plenário. *DJ* de 9 out. 1998. Disponível

em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81731>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 94.252-1/PB.** Relator: Min. Leitão de Abreu. Segunda Turma. DJ de 7 ago. 1981. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=187727>. Acesso em: 28 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 106293/PE**, Relator(a): Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, julgado em 06/03/1989, DJ 28-02-1992 PP-21173 EMENT VOL-01651-03 PP-00523 RTJ VOL-00136-02 PP-00763. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=197940>. Acesso em: 27 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 637.** DJ de 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2803>. Acesso em: 28 jul. 2019.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves; PEDRA, Adriano Sant´Ana. A cidade interrompida: uma análise crítica da intervenção estadual provocada pelo Tribunal de Contas. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 3, p. 1028-1048, 2016. Disponível em: < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/23652/17887>. Acesso em: 27 jul. 2019.

HORTA, Raul Machado. A posição do município no direito constitucional federal brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 19, n. 75, p. 107-122, jul./set. 1982. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181387/000394702.pdf?sequence=3>. Acesso em: 27 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). **Os clássicos da política.** 13. ed. São Paulo: Ática, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Brazil under Vargas.** New York: The Macmillan Company, 1942.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Jacó Santos. A questão da autonomia da intervenção dos Estados nos Municípios. Revista**Consultor Jurídico**, 2 jan. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jan-02/questao-autonomia-intervencao-estados-municipios>. Acesso em: 27 jul. 2019.

PORTO, Jadson Luís Rebelo. Os territórios federais e a sua evolução no Brasil. **Revista Presença**, v. 16, n. 1, p. 1-12, 2000. Disponível em: <http://www.revistapresenca.unir.br/artigos_presenca/15jadsonluisrebeloporto_osterritoriosfederaiseasuaevolucao.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NOTA:

[1] De acordo com Galante e Pedra (2016): “Constata-se que 22 textos constitutivos originários dos Estados federados modificaram as condições materiais ou formais para o processo de intervenção estadual previsto nos artigos 35 e 36 da Constituição Federal. Os Estados do Acre, Paraíba, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia e Sergipe previram outras condições materiais e, junto com os Estados de Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná,

Piauí, Santa Catarina e Tocantins, ampliaram o rol de competentes para instaurar o processo de intervenção estadual".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUROS NAS AÇÕES REVISIONAIS DE CONTRATOS BANCÁRIOS

LUCAS FERNANDES POMPEU: Advogado-RS. Formando pela Universidade Católica de Pelotas - Ucpel.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer um panorama atual da questão envolvendo os juros nos contratos de financiamento bancários, sejam estas na modalidade de empréstimo consignado, alienação fiduciária, etc. Trata o artigo da conceituação de contrato, características, aplicação do CDC e entendimento atual da jurisprudência quanto à matéria.

Palavras – Chaves: Contrato. Bancário. Juros. Abusividade. Revisão

Índice: 1. Introdução 2. Sistema bancário 3. Contratos Bancários e Revisão 4. Código de Defesa do Consumidor 5. Abusividades, juros e jurisprudência atual 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÂO

O presente trabalho visa traçar um panorama acerca de uma das principais questões de direito material e processual envolvendo ações revisionais de contratos bancários.

Primeiramente, traçamos um panorama da questão bancária no Brasil e sua conjuntura atual. Posteriormente passamos à noção de contrato e suas principais características, trazendo ainda para os mesmos a questão envolvendo o Código de Defesa do Consumidor.

Posteriormente, passamos a analisar as questões de direito material e processual envolvendo as principais ações envolvendo direito bancário. Vamos ver os principais temas já pacificados pelo STJ, assim como a questão principal de juros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por final, concluímos explicitando o ponto central do trabalho – contrato bancário – bem como esta matéria vem sendo abordada atualmente, conjuntamente com suas implicações à sociedade de um modo geral.

2. SISTEMA BANCÁRIO

O Brasil é literalmente o País do carnaval. Não só para as escolas de samba e população em geral, mas principalmente para os – poucos – bancos que aqui existem. Não é ilícito, a bem que se diga, a cobrança de juros. Não há crime nisso, desde que, para qualquer pessoa mortal, seja o empréstimo limitado ao patamar de juros legais estipulado pela nossa legislação. Ocorre que, juros e outras taxas, de igual forma é pratica usual das denominadas entidades bancárias, e para estas, tudo é “um pouco diferente”. Em nosso país, a cobrança de juros é simplesmente uma das mais altas do mundo. Já estivemos em primeiro lugar neste famigerado posto, hoje, ao que se sabe, estamos na sexta posição no ranking, ficando atrás de outros países como Argentina, Rússia, etc[1]. Em nosso Sistema Financeiro, é permitido aos bancos estabelecerem livremente suas taxas de mercado, autorização esta que foi outorgada pela Resolução Bacen 389/76, que assim dispõe:

> *I - Ressalvado o disposto no item II, as operações ativas dos bancos comerciais serão realizadas, a partir desta data, a taxas de mercado.*

Nosso sistema, por mais incrível que pareça, outorga aos próprios bancos uma espécie de auto-regulamentação quanto à esta questão de taxas, limitando-se apenas a gerenciar o mercado por meio de seu banco Central, como bancos de natureza estatal. O resultado é que o brasil, como dito, reporta às estas instituições lucros exorbitantes, que fazem um agiota corar de vergonha.

O banco literalmente pega um dinheiro que não é seu, empresta para determinada pessoa, e nisso, aufere um lucro monumental. Monumental, não estamos exagerando. Veja: você, após um suado mês de trabalho, acaba por economizar um determinado valor proveniente de seu salário. Nada mais justos. Então, resolve guardar esse valor em um banco, na modalidade de guarda mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

utilizada ainda pelos brasileiros, ou seja, a poupança. O banco recebe de bom grado seu dinheiro, e por ele estar ali aplicado, lhe fornece hoje cerca de 0,37% de juros ao mês. Isto, multiplicado ao ano, daria (sem capitalizar, outra prática comum) 4,44% ao ano. Se você deixasse seu dinheiro guardado por um ano junto ao banco, ele lhe pagaria então, 4,44% de juros pelo período. Aí vem a mágica: este seu dinheiro, o banco pega, e empresta para outras pessoas que precisam. Para isto, chega a cobrar – pasme – juros que chegam aos absurdos 700% ao ano. Isto mesmo, 700, 600% ano, não é raro[2]. Entendeu porque a atividade é tão lucrativa? Se autorregula. Assim, pega um dinheiro que não é seu, paga 4,44% de juros por isso, empresta-o, e aí cobra 700% de juros. Lucra, então, somente nesta operação, cerca de 696% de juros, digamos.

Claro que, podemos pensar, que tal prática não é justa, sendo facilmente repelida pela justiça. Entretanto, pense que, de cada cem clientes que tomam um empréstimo abusivo nestas condições, cerca de no máximo 5% deste número acaba por reclamar na justiça a abusividade. Dá lucro, literalmente. Perde-se naqueles cinco por cento que ingressam judicialmente, entretanto, os outros 95% seguem pagando normalmente. Ou pior: se vierem se endividar, acabam por tomar novos empréstimos a fim de cobrir os anteriores, gerando assim o fenômeno do superendividamento, que nada mais é do que a impossibilidade momentânea do devedor/consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas de consumo. Esta situação tem as mais variadas causa, sendo as mais comuns a má avaliação do orçamento doméstico ou de circunstâncias imprevistas como desemprego, doença, divórcio, entre outros. Nada tão absurdo que não possa ocorrer com qualquer um.

Neste meio tempo, o carnaval segue, eis que bancos vão lucrando e lucrando cada vez mais, atingindo níveis estratosféricos.

3. CONTRATOS BANCÁRIOS E REVISÃO

Claro que esta relação entre banco x consumidor, pende de materialização. Como materializa-se? Pelo meio mais simples e antigo existe em nossa sociedade, mais precisamente contratos. Não existe uma opinião unânime sobre o que seria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o conceito do termo “contrato”, porém, poder-se-ia dizer que o termo significa, nada mais nada menos, do que o ajuste duradouro de vontade entre determinadas partes. Na prática, as relações entre particulares e os bancos materializa-se, ou seja, regulamenta-se e vem ao mundo por meio de ajustes por escrito, os quais possuem, em sua maioria, regulamentos específicos.

Nestes contratos, geralmente há dois polos: um ativo, geralmente a instituição bancária, o polo passivo, geralmente o consumidor que toma crédito e/ou beneficia-se de algum outro serviço oferecido pela instituição. Por vezes, ainda há a figura de uma terceira pessoa garantidora, que seria o fiador/avalista. As operações, segundo uma doutrina mais clássica, podem ser dividir ainda em questões típicas (que seriam relações de recebimento e oferecimento de valores ao público geral) e operações atípicas (que seriam atividades que guardam relação com os serviços principais, como recebimento de contas, guarda de objetos, etc).

Dentre os principais contratos bancários, destacam-se, entre outros:

-
  -
    -
    -
    - *Depósito Bancário*
    - *Mútuo bancário*
    - *Abertura de Crédito*
    - *Depósito e Conta Corrente*
    - *Operações de Câmbio*
    - *Cartão de Crédito*
    - *Financiamento para aquisição de bens mediante alienação fiduciária / arrendamento mercantil*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os contratos bancários, em sua esmagadora maioria, possuem uma característica em especial, mais especificamente a questão de se tratarem de contratos de adesão. O que significa isto? Na esmagadora maioria das vezes, não é dado ao consumidor discutir o teor das cláusulas postas no corpo do documento. As condições são, de forma geral, pré-estabelecidas pela parte proponente, cabendo ao polo passivo, parte mais vulnerável, apenas aceitar ou não a situação.

Com a massificação de tais operações, vem norteando nossa jurisprudência há tempos o abrandamento do velho brocardo *pacta sunt servanda*, o qual nos dizia basicamente que contratos eram para serem cumpridos, sem mais delongas. Hoje, entende-se diante do panorama que estes contratos, de adesão por natureza, não só podem como devem ser revistos à luz de princípios como equidade, boa-fé, transparência, etc). A propósito, cumpre destacar a lição de ninguém menos que o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que nos diz que a revisão contratual bancária deve ser ampla e profunda:

> *"A renovação dos contratos bancários, com o pagamento de saldo apurado ou a confissão da dívida, com ou sem renegociação de cláusulas e condições, não significa a perda do direito de ir a juízo discutir a eventual ilegalidade do que foi contratado. Isso fica ainda mais nítido quando se trata de contratos de adesão, com prorrogação automática. O direito a declaração de invalidade de cláusula contratual não se extingue com a prestação nela prevista, pois muitas vezes o obrigado cumpre a sua parte exatamente para poder submeter a causa a juízo, ou, o que é mais freqüente, para evitar o dano decorrente da inadimplência, com protestos, registros no SPC, SERASA e outros efeitos.*
>
> *Por isso, não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão de contratos sucessivamente renovados, especialmente quando a dívida, que é no*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *último reconhecida, ou que serve de ponto de partida para o cálculo do débito, resulta da aplicação de cláusulas previstas em contratos anteriores, em um encadeamento negocial que não pode ser visto isoladamente, apenas no último contrato. Ainda que se entendesse novada a dívida, não se validaria a obrigação nula (art. 1007 do CCivil). Portanto, não tem razão o banco quando pretende estreitar o âmbito da revisão judicial, ainda mais porque a eg. Câmara reconheceu a continuidade e unidade negocial para a revisão da contratualidade em toda a sua extensão, incidindo, quanto ao ponto, as Súmulas 5 e 7/STJ."**[3]***

A questão, ultimamente, é pacífica no STJ, o qual entende perfeitamente possível a possibilidade de revisão de encargos constantes em contratos bancários, ensejando em uma flexibilização do pacta sunt servanda.

Vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO DO PROCESSO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTRATO. MERA NEGATIVA. IMPUGNAÇÃO DEFICIENTE. ENUNCIADOS 283 DA SÚMULA DO STF E 182 E 297 DO STJ. ARGUIÇÃO INFUNDADA.*
>
> *1. Incide por analogia o enunciado 182 da Súmula do STJ à matéria cujos fundamentos não foram impugnados suficientemente no regimental.*
>
> *2. \"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras\" (Súmula 297, do STJ).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *3. Como decorrência disso, é pacífica na jurisprudência deste Tribunal Superior a possibilidade de revisão das cláusulas dos contratos bancários.*
>
> *4. Agravo regimental a que se nega provimento.*
>
> *(AgRg no REsp 1385831/PI, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 24/06/2014, DJe 01/08/2014. Negritos nossos.)*
>
> *AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. CONTRATOS DE CONFISSÃO E COMPOSIÇÃO DE DÍVIDA. Controvérsia sobre incidência abusiva de juros e prática de anatocismo. Possibilidade de utilização dos embargos do devedor para deduzir pleito revisional. Falta de exibição dos contratos bancários. Inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Retorno dos autos ao tribunal de origem para que, reconhecida a possibilidade de revisão de cláusulas contratuais nos embargos do devedor, prossiga no julgamento da apelação. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 16.047/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017)*

Vale, no ponto, a lição precisa da Des.ª Liége Puricelli Pires, do Tribunal de Justiça do RS, nos autos da apelação cível nº 70081241044, que ao se manifestar sobre a possibilidade de revisão de contratos bancários, assim manifestou-se:

> *"O contrato firmado é padronizado, típico de adesão. Lei, doutrina e jurisprudência cada vez mais se harmonizam no sentido de considerá-lo como tal, sujeitando-o às normas que favorecem o consumidor, considerado (em tese), hipossuficiente. A Constituição*

de 1988, o Código de Defesa do Consumidor, em sintonia com as regras do Direito Civil, são exemplos da positivação deste entendimento jurídico. Se considerarmos o tipo de sociedade em que vivemos, o crédito é um bem de consumo de primeira necessidade. Ao consumidor não resta escolha, sendo idealístico o argumento que a concorrência imposta pelo sistema é abundante. Ainda que possamos admitir que seja ela abundante, pois realmente existem inúmeras instituições neste ramo, todas vendem o mesmo bem pelas mesmas condições.

Para disciplinar questões análogas, foi editado o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, no qual foram acolhidos os princípios doutrinários que possibilitam a revisão do contrato, a fim de restabelecer o equilíbrio entre os contratantes. Esse diploma legal consagra antigos e relevantes princípios doutrinários, harmonizando-se com o nosso ordenamento jurídico, que contém cláusulas gerais como as enunciadas nos artigos 3º, incisos I, II e III, 5º, §1º, e 170 da CR, e concretizando importantes princípios constitucionais indispensáveis à cidadania.

Por definição legal, art. 3º, § 2º, do CDC, os serviços bancários são regidos pelas normas do constitucional estatuto, amoldando-se o banco na situação jurídica de fornecedor e o cliente, na de consumidor, aplicando-se a este, por força da norma protetiva do artigo 4º, inciso I, o reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado de consumo. A aplicação das normas já referidas em conjunto com as previstas no artigo 39, V, combinadas com o artigo 51, IV e XV,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *ambos do CDC, conduzem à completa revisão das cláusulas contratuais abusivas.*
>
> *O artigo 51, IV, do CDC considera nulas de pleno direito as cláusulas iníquas, que coloquem o consumidor em exagerada desvantagem ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, em que pese os termos da Súmula nº 381 do STJ, de questionável cientificidade jurídica.*
>
> *Assim, as cláusulas insertas nos contratos bancários, como sói ocorrer em qualquer espécie de contrato privado, estão sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário, quando devidamente provocado, inclusive os contratos findos (Súmula n. 286 do STJ)"**[4]***

Toda esta questão da caracterização dos contratos bancários em si, como a possibilidade de revisão citada acima, sedimentada pela nossa jurisprudência, tem como fundamento base única e exclusivamente o princípio fundamental-constitucional da dignidade da pessoa humana. Durante muitos anos, empresários e o público em geral entendia que os bancos seriam uma classe quase que inatingível dado o seu poder de fogo e papel hegemônico no país. Com o passar do tempo, entretanto, especialmente diante às disposições do CDC – Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.8.078/90, todo o ordenamento passou a entender os malefícios de práticas abusivas, conforme visto no trecho de julgado colacionado acima.

Passou-se a perceber o modo abusivo com que os bancos agem e que, nada mais necessário do que a pronta intervenção do Estado para equilibrar de alguma forma esta relação. O Banco, em suma, não tem o direito de se aproveitar de uma necessidade vital do público geral – dinheiro – para com isto, a seu bel prazer, cobrar aquilo que bem entende, como bem entende, quando bem entende. O respeito pela dignidade do homem passa, necessariamente, pela atuação dos

bancos pautadas nos princípios já mencionados da boa-fé e equidade, tudo visando cada vez mais uma sociedade justa e igualitária.

4. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Conforme visto acima, um dos grandes paradigmas que possibilitou a revisão de encargos bancários judicialmente foi a edição da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, nosso denominado "Código de Defesa do Consumidor". Seu objetivo foi de implantar uma política uma política nacional de consumo, finalidade esta claramente explícita em seu artigo 4º, tudo por meio de normas de ordem pública e interesse social. Melhor explicando, normas cogentes, destinadas a tutelar o interesse patrimonial e moral de todos os consumidores de forma geral. Desde sua publicação, calorosos debates foram travados na jurisprudência acerca da incidência – ou não - das normas contidas na Lei 8.078/90 em relação aos serviços bancários de forma geral.

Imperioso ressaltar um caso emblemático. Em dezembro de 2001 a Confederação Nacional do Sistema Financeiro (Consif) protocolou junto ao STF a ADIn 2591, na qual constava um pedido de liminar, objetivando, em suma, a não-aplicação do CDC às atividades de "natureza bancária, financeira, de crédito e securitária".

O argumento seria basicamente o seguinte: vício de inconstitucionalidade estaria patente, eis que haveria nítida violação ao artigo 192 da Carta Magna, dispositivo que dispõe que a regulação do Sistema Financeiro Nacional seria matéria de lei complementar, e não do CDC, uma lei ordinária.

Dispõe o referido artigo:

> *Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)*

Após longa tramitação, o STF considerou constitucional o parágrafo 2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Em outros termos, as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitárias deviam ser incluídas no conceito de serviço abrangido pelas relações de consumo.

Já o STJ, ao longo dos anos, foi posicionando-se no mesmo sentido, em diversos precedentes que batiam a sua porta.

Em seus primeiros anos de aplicação, os bancos naturalmente que relutaram a enquadrar clientes como consumidores. Segundo notícias, “um dos primeiros casos foi julgado no STJ em 1995, pela Quarta Turma, e envolveu o Banco do Brasil. O cliente gaúcho queria a revisão de contrato e a análise da nulidade de uma cláusula. Foi atendido pela Justiça estadual, mas o banco recorreu ao STJ, alegando que não poderia ser aplicado o CDC e, por isso, seria possível a substituição da taxa de juros no caso de falta de pagamento”[5].

O voto do ministro Ruy Rosado, atualmente aposentado, afirmou que o banco *"está submetido às disposições do CDC, não por ser fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desses serviços"*. Entendeu também que os direitos do cliente "devem ser igualmente protegidos como os de qualquer outro, especialmente porque nas relações bancárias há difusa utilização de contratos de massa e onde, com mais evidência, surge a desigualdade de forças e a vulnerabilidade do usuário" (Resp 57974). Decorrência lógica do entendimento que foi sendo adotado, após anos de debates, o STJ aprovou a Súmula 297, segundo a qual *"o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras"*.

Quanto ao cerne da questão, vale ainda a lição no Ministro Ruy Rosado de Aguiar nos autos do RESP 106.888-PR:

> *Por fim, vale referir que o cliente do banco, seja depositante ou mutuário, está sujeito a práticas*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *comerciais previstas em contratos de adesão escritos pelo estabelecimento, cujas cláusulas dispõem sobre as prestações devidas por ambas as partes; sobre sanções, multas e taxas em razão da inadimplência; sobre garantias; sobre a correção monetária dos saldos; sobre informações, etc. Essas relações contratuais verifi cadas no negócio bancário permitem práticas que podem contrariar os princípios do CDC, daí por que o cliente delas está protegido, a teor do art. 29, que estende o conceito de consumidor a todos quantos se encontrem nessa situação. Logo, ainda que não existisse serviço ou produto na atividade bancária (hipótese em que passaria a atuar num campo indecifrável e inatingível), ainda assim o seu cliente estaria sujeito a práticas comerciais reguladas nos contratos bancários de adesão, e só por isso protegido pelas normas do CDC.*

Eis ainda alguns precedentes da Corte superior:

> *Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código de Defeso do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor fi nal dos serviços prestados pelo banco. 2. A limitação da cláusula penal em 10% já era do nosso sistema (Dec. n. 22.926/1933), e tem sido usada pela jurisprudência quando da aplicação da regra do artigo 924 do CC, o*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *que mostra o acerto da regra do artigo 52, parágrafo 1º, do Codecon, que se aplica aos casos de mora, nos contratos bancários. Recurso não conhecido. (RECURSO ESPECIAL N. 57.974-RS - 94.386150)*
>
> *Cédula de crédito comercial. Embargos à execução. Capitalização mensal dos juros. Código de Defesa do Consumidor. I - Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contempladas no art. 3º, parágrafo segundo, estão submetidas às disposições do Código de Defesa do Consumidor. II - A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que é admissível a capitalização mensal dos juros, desde que pactuada (Súmula n. 93, do STJ). III - Ausência, no caso, de pacto de capitalização mensal dos juros. IV - Recurso não conhecido. (RECURSO ESPECIAL N. 175.795-RS)*

Assim, após alguns anos, como dito, sedimentou-se o entendimento de que as normas consumeristas são plenamente aplicáveis às instituições bancárias, e por conseguinte, aplicáveis aos contratos por elas entabulados. Com isso, abriu-se a porteira da revisão de encargos e práticas tidos como abusivas, possibilitando uma flexibilização significativa do princípio do *pacta sunt servanda*, atentando-se para a posição de hipossuficiência do consumidor na relação.

5. ABUSIVIDADES, JUROS E JURISPRUDÊNCIA ATUAL

Até o momento, observamos o sistema financeiros nacional, assim como a questão da aplicação das normas do CDC aos contratos bancários. Agora, passaremos a analisar o principal tema destes contratos, cujo entendimento já encontra-se pacificado pelo entendimento de nossas cortes, os juros remuneratórios.

Primeira constatação que devemos fazer é acerca dos juros remuneratórios é seu conceito: os juros remuneratórios de um contrato é nada mais, nada menos

que um valor que se paga pelo cliente à instituição financeira, com o objetivo de se remunerar o dinheiro emprestado durante o período da contratação.

Imperioso constarmos a diferença deste para os chamados juros de mora, que nada mais é do que o valor cobrado pela inadimplência do pagamento daquela prestação. São duas coisas absolutamente distintas. Juros remuneratórios (ou juros compensatórios) nada mais são – repisa-se - que aqueles juros inseridos em determinadas negociações visando compensar o fornecimento do capital/crédito tomado. Geralmente é instituído dentro da parcela a que obriga-se o consumidor, complementando o da contraprestação assumido.

Durante vários anos, surgiam teses de que os contratos bancários deveriam ter juros limitados à 12% a.a. As alegações favoráveis à uma limitação drástica baseavam-se na norma constitucional contida no parágrafo terceiro do artigo 192, que assim colocava:

> *Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.*

A revogação, entretanto, do art. 192, § 3º, da CF/88 pela EC nº 40, de 20 de maio de 2003 praticamente pôs fim a discussão quanto à limitação dos juros remuneratórios à taxa de 12% ao ano, circunstância a qual acabou por gerar ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o tema 25 do STJ, que expressamente estabelece que *"a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade."*

Mas isto, então, significa que bancos podem cobrar a taxa de juros remuneratórios que bem entende, sem qualquer espécie de controle? Não. A tese que se firmou com o passar do tempo é que, a taxa de juros contratada deve estar sempre dentro da média do mercado para operações similares na época da contratação.

Todo mês, o Banco Central[6] divulga a média de juros praticadas pelos bancos nas mais variadas modalidades de operações, tais como aquisição de veículo, empréstimos consignados, etc. Quando determinada taxa de juros posta a apreciação do poder judiciário se mostra discrepante acima da média de mercado, a justiça vem entendendo então que se pode reduzi-la a média divulgada.

Entretanto, forçoso se frisar que o simples fato de os juros remuneratórios contratados serem superiores à taxa média de mercado, por si só, não configura abusividade. É preciso, como dito, que a taxa tenha uma diferença substancial da média do mercado, já que, como o próprio nome diz, com perdão da redundância, a "média" é simplesmente uma média, não correspondendo à um número absoluto e cogente.

A questão, de igual forma, chegou ao STF, o qual assim manifestou-se:

> *É constitucional o art. 5º da Medida Provisória 2.170-36/2001 ("Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano"). Essa a conclusão do Plenário que, por maioria, proveu recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade do dispositivo, tendo em conta suposta ofensa ao art. 62 da CF ("Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República*

poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional"). Preliminarmente, o Colegiado afastou alegação de prejudicialidade do recurso. Afirmou que o STJ, ao declarar a possibilidade de capitalização nos termos da referida norma, o fizera sob o ângulo estritamente legal, de modo que não estaria prejudicada a análise da regra sob o enfoque constitucional. No mérito, enfatizou que a medida provisória já teria aproximadamente 15 anos, e que a questão do prolongamento temporal dessas espécies normativas estaria resolvida pelo art. 2º da EC 32/2001 ("As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional"). Além disso, não estaria em discussão o teor da medida provisória, cuja higidez material estaria de acordo com a jurisprudência do STF, segundo a qual, nas operações do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicariam as limitações da Lei da Usura.

[RE 592.377, rel. min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. min. Teori Zavascki, P, j. 4-2-2015, DJE 55 de 20-3-2015, Tema 33.]

Ao entender pela não aplicação da lei de Usura às instituições bancárias, o STF abriu caminho ao entendimento, de igual forma, que não há que se limitar a taxa dos juros em 12% aa. Logo, editou-se a súmula 596, que diz que *"as disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional."*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como bem ressaltou o Desembargador João Moreno Pomar do TJ/RS nos autos da apelação nº 70082214115, *"as instituições financeiras podem pactuar livremente os juros remuneratórios, tendo em vista a ausência de diploma legal determinando a limitação da taxa de juros e por inaplicáveis as disposições da Lei de Usura às operações realizadas por instituições financeiras, conforme Súmulas 596 do STF e 296 do STJ. No entanto, se os juros livremente pactuados ofenderem a função social do contrato e a boa-fé objetiva, causando uma onerosidade excessiva ao consumidor, possível a sua anulação, em vista da aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor às operações bancárias e também do artigo 187 do Código Civil* ***[7]****"*

Eis alguns julgados pertinentes:

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. TARIFAS BACÁRIAS. A matéria recursal limita-se às teses suscitadas pelas partes ou motivadoras da decisão recorrida. O recurso que pretende o exame de questões que não foram suscitadas no juízo a quo caracteriza-se pela inovação recursal e não merece conhecimento. - Circunstância dos autos em que no ponto se impõe não conhecer no recurso. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA. CONTRATO OMISSO. Os juros remuneratórios nos contratos bancários não estão limitados a 12% ao ano; e quando ausente a fixação no contrato devem ser aplicados à taxa média de mercado nas operações da espécie, divulgadas pelo Banco Central, BACEN, salvo se aquela cobrada for mais vantajosa para o tomador, como ditou o e. STJ na Súmula 530/2010. - Circunstância dos autos em que ausente o contrato; e se impõe manter a sentença. CAPITALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. A capitalização com*

periodicidade mensal é lícita quando pactuada nos contratos firmados após 31/03/00 data de publicação da Medida Provisória n. 1.963/00 cuja constitucionalidade foi reconhecida quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.377. A capitalização deve vir pactuada de forma expressa e clara em cláusula que a nomine e indique a taxa efetiva (anual) superior ao duodécuplo da taxa nominal (mensal) para evidenciar a contratação de juros compostos. Recurso Especial n. 973.827/RS representativo de controvérsia. – Circunstância dos autos em que se impõe manter a sentença. REPETIÇÃO DE INDÉBITO E COMPENSAÇÃO. REVISIONAL. Na ação revisional é devida a repetição do indébito na forma simples - independente de prova de erro - se aferidos e compensados os valores para cumprimento da sentença resultar excesso de pagamento. A repetição em dobro requisita prova de má-fé que não se presume com a revisão contratual. - Circunstância dos autos em que havendo revisão se impõe manter a sentença que admitiu repetição e compensação. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (Apelação Cível, Nº 70082154725, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em: 24-07-2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CONTRATO. TUTELA DE URGÊNCIA. Flagrada a abusividade dos juros remuneratórios, pactuados em índice significativamente superior à taxa média de mercado divulgada pelo BACEN para operações similares na época da contratação, mostra-se possível,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *em fase de cognição sumária, a vedação da inscrição do nome do autor em cadastros de inadimplentes, bem como a sua manutenção na posse do veículo alienado fiduciariamente, medidas condicionadas ao depósito dos valores incontroversos. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.(Agravo de Instrumento, Nº 70082252818, Décima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em: 23-07-2019)*

Assim então, quantos aos juros remuneratórios, deve sempre se atentar á taxa média do mercado para a operação. Caso constatada uma diferença significativa em relação a mesma, estamos sim diante de um nítido caso de abuso, onde a parte prejudicada poderá pleitear a revida redução judicialmente.

Vale ainda ressaltar que a questão dos juros é analisada por conta dos pedidos de antecipação de tutela. No caso, quando geralmente se pede algo relacionada à antecipação de tutela em demandas revisionais, os tribunais analisam, de imediato, os encargos praticados dentro do período da normalidade, dentre estes, os juros remuneratórios (e capitalização de juros, outro tema).

Se a parte consegue, de imediato, mediante constatação junto ao Banco Central (site anteriormente descrito), mostrar que a taxa de juros está discrepante, os tribunais de imediato pode readequar valores mediante deposito com base nesta média, podem deferir medidas como abstenção de inscrição dos nomes do autor em órgãos de proteção ao crédito, etc, tudo isso com base nas normas de direito do consumidor e princípio da boa-fé, já tratados.

6 . CONCLUSÃO

Como vimos, a atividade bancária no Brasil é intensa, sendo o mesmo um paraíso para instituições bancárias de modo geral. Aqui se pede muito dinheiro, bem como se cobra juros altíssimo em relação à isto. Não há legislação específica que trata do tema, apenas entendimentos que foram consolidados com o passar do tempo, e hoje aplicados por nossos tribunais de maneira geral.

Com base na evolução de nossa legislação, principalmente no que concernente à proteção dos direitos do consumidor, aos poucos nossa jurisprudência foi entendo que seria plenamente possível a revisão de encargos bancários pactuados em contrato, num claro abrandamento ao princípio que diz que os contratos – como ajustes de vontades – deve ser cumprido nos termos em que pactuado. No campo jurisprudencial e doutrinário, formou-se uma corrente aceitando essa revisão.

Houve toda uma celeuma em relação ao coração de um contrato bancário, que nada mais é, a estipulação dos juros remuneratórios. Primeiramente, houve uma forte corrente tentando limita-los à 1% a.m, como seria para qualquer reles mortal. Sem sucesso. Entretanto, nossos tribunais entendem que no caso, *"o céu não é o limite"*, sendo que, para uma análise acerca de eventual abusividade, cabe o confronto com a taxa média divulgada pelo Banco Central para operações semelhantes, tudo visando um julgamento equânime.

Tudo isto visa a criação de uma sociedade cada vez mais forte e homogenia em dignidade. Acabou a farra dos bancos? Talvez não. Ainda lucram rios de dinheiro, porém, abriu-se um sol, onde se percebe claramente que há um limite. Talvez ao futuro, quem sabe, venha uma legislação regulando em definitivo o tema. Se assim Deus – e os bancos – quiserem.

BIBLIOGRAFIA:

RODRIGUES, Mauro Sérgio. Prática de Direito Processual Bancário: Na Visão do Consumidor Bancário. Campinas, SP. Millenium Editora, 2007.

CAVALIERI FILHO. Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo, SP. Atlas, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de Direito Civil. Contratos. Salvador, BA. Jus Podium, 2012.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] https://exame.abril.com.br/economia/so-5-paises-tem-juros-reais-maiores-que-brasil-mas-situacao-ja-foi-pior/

[2] A 22ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, nos autos do processo nº 1000037-68.2015.8.26.0233, em que figurava no polo passivo o Banco Crefisa, decidiu, por unanimidade, que não é certo cobrar do cliente, no caso, juros anuais acima de 700%.

[3]https://scon.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?processo=247499.NUM.&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true#DOC3

[4] https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php

[5] https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/113058/aniversario-do-cdc-sumulas-285-e-297-do-stj

[6] https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries

[7] *Art. 187 da Lei 10.406/02: 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.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NO DIREITO TRIBUTÁRIO E OS NOVOS PRECEDENTES JUDICIAIS DO STJ

ISABELLA GONÇALVES DE QUEIROZ CLEMENTINO:
Graduada em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campus Campinas.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar o fenômeno da prescrição intercorrente em âmbito de matéria tributária, propondo-se um estudo abrangente quanto ao seu conceito, sua previsão legal, sua aplicabilidade e, sobretudo, sobre a influência dos novos precedentes judiciais para a contagem do prazo prescricional nos variados casos. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, realizada por método dedutivo e de procedimento de coleta de dados bibliográficos e jurisprudencial. Em que pese seja polêmico a interpretação da prescrição intercorrente prevista no artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830) e seus aspectos, verificou-se, por meio deste trabalho, que tal instituto deve ser interpretado intimamente com os entendimentos firmados pelo STJ em sede de julgamento de recursos repetitivos, bem como nas correntes doutrinárias para uma maior compreensão do instituto.

Palavras-chave: Prescrição Intercorrente. Direito tributário. Precedentes Judiciais.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the phenomenon of intercurrent prescription in tax matters, proposing a comprehensive study as to its concept, its legal provision, its applicability and, above all, the influence of the new judicial precedents for the counting of the prescription time limit in the various cases. This is a qualitative research, performed by deductive method and bibliographic and jurisprudential data collection procedure. Despite the controversy regarding the interpretation of the intercurrent prescription provided for in article 40 of the Fiscal Enforcement Law (Law No. 6.830) and its aspects, it was verified, through this work, that this institute should be interpreted intimately with the understandings signed by the STJ judging repetitive appeals, as well as doctrinal streams for greater understanding of the institute.

Keywords: Intercurrent Prescription. Tax Law. Legal Precedents,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução. 1. Noções preliminares sobre a prescrição tributária. 2. Conceitos basilares sobre a prescrição intercorrente. 2.1 A contagem do prazo quinquênio da prescrição intercorrente. 3. Teses fixadas acerca da prescrição intercorrente pelo STJ em 2018. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em prescrição intercorrente, o assunto sempre gera dúvidas, agita o cenário jurídico e causa fervorosos debates nos tribunais. Por conta disso, o presente artigo visa elucidar, de forma concisa, o instituto jurídico da prescrição intercorrente com ênfase no Direito Tributário, tendo como norte o conceito, a sua previsão, a sua aplicabilidade e dentre outros aspectos dispostos nas principais correntes doutrinárias, no Código Tributário Nacional (CTN) e na jurisprudência.

O diferencial do trabalho em apreço é que este aborda os principais tópicos acerca da prescrição intercorrente, em virtude de ser um tema ainda muito questionado e discutido, com divergência doutrinária. Por conta disso, apela-se aos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sede de julgamento de casos repetitivos para atingir um ideal aplicável aos variados casos.

Num primeiro momento, a pesquisa inicia-se com noções preliminares acerca da prescrição tributária consumativa, a fim de contextualizar e introduzir o tema, destacando a importância do instituto como instrumento indispensável a administração da segurança jurídica e como um verdadeiro filtro a uma litispendência sem fim.

Por conseguinte, examina-se o tema propriamente dito, já adentrando posteriormente a outros temas, como a forma de contagem do quinquênio prescricional, o termo *a quo* e *ad quem*, a legislação tributária aplicável, súmulas e entendimentos doutrinários acerca disto, apresentando ao final o novo entendimento da Corte do STJ sobre a correta aplicação do artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais.

1. Noções preliminares sobre a prescrição tributária

Ab initio, antes de mergulhar no tema da prescrição intercorrente propriamente dita, é preciso recordar a prescrição genérica (ou consumativa) prevista na legislação tributária vigente.

O instituto da prescrição é angariado por quase todos os ramos do Direito. Ela faz parte do Direito Civil, do Direito Penal, do Direito Administrativo, bem como é um instituto presente no dia-dia dos operadores de Direito, tendo em vista a importância conferida a esta pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Destaca-se que no Direito Tributário seu papel também é relevante. O principal documento que consagra as regras da relação Fisco versus Contribuinte – o Código Tributário Nacional – codificou a prescrição como uma das causas extintivas do Crédito Tributário, sendo, portanto, uma grande aliada para sujeito passivo, e ao contrario senso, repugnante ao sujeito ativo.

O que se quer dizer, na realidade, é que o fenômeno da prescrição tributária baliza o comportamento do sujeito ativo da obrigação tributária, constituindo-se num verdadeiro "freio" aos poderes do Estado ao exigir determinado tributo ou multa do contribuinte. Isso porque, como restará demonstrado, é um instituto jurídico que demarca a perda do direito à pretensão executória do Fisco de determinado crédito tributário.

Reitera-se que o processo tributário é composto por etapas e procedimentos que legitimam a força de império estatal de arrecadar e cobrar tributos daqueles que, em perfeita consonância, praticam o fato gerador e encontram suas respectivas hipóteses previstas em lei. Contudo, nem sempre ficará demonstrado que determinado tributo era realmente devido ou que ocorreram algumas hipóteses legais que afastam a sua exigibilidade, tal como a prescrição.

Assim sendo, a prescrição, em termos genéricos, é conceituada no Direito Tributário como a perda do direito da Fazenda Pública de ajuizar a ação de execução contra o contribuinte, em razão do lapso temporal não observado para a sua propositura.

Nessa esteira, assevera o professor Eduardo Sabbag (2018, p.930):

> *"Segundo o artigo 156, V, do CTN, a prescrição é causa extintiva do crédito tributário. Define-se como fato jurídico que determina*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *a **perda do direito subjetivo do ajuizamento de execução** (fiscal) do valor do tributo" (Nosso Grifo)*

Não há que se olvidar que tal fenômeno decorre puramente da influência do princípio do devido processo legal previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim como os advogados devem respeitar prazos rígidos, o Fisco também deve respeitar os limites impostos ao poder de tributação. Seria ingênuo acreditar que o sujeito ativo da obrigação tributária jamais seria atingido pelo fenômeno da prescrição, isso seria uma afronta direta as garantias fundamentais e da própria segurança jurídica conferida pelo ordenamento.

Esta situação é explanada com austeridade pelo jurista Humberto Theodoro Jr (2016, p.542)

> *"Com efeito, o Estado Democrático de Direito tem notório e expresso compromisso com a segurança jurídica (CF, preâmbulo e art 5º, caput), e é, portanto, em nome desse compromisso fundamental com a segurança que se impõe **o instituto da prescrição como algo indispensável, no plano do direito das obrigações,** sejam elas públicas ou privadas, e como coisa inevitável, no tocante à garantia do devido processo legal (CF, art. 5º, XXXV e LIV)" (Nosso Grifo)*

Em outras palavras, com base no conceito doutrinário exposto, pode-se dizer que o jargão jurídico *Dormientibus Non Sucurrit Ius* é perfeitamente aplicável ao ente federado competente para cobrar o tributo. Isso porque, uma vez estando o Estado-Fisco no prazo legal para a propositura da ação fiscal (execução) ele deverá respeita-lo, sob pena de ficar sem a arrecadação do respectivo tributo e o contribuinte estar diante de uma das hipóteses de exclusão do crédito tributário, que é a prescrição.

Ainda sobre isso, destaca Eduardo Sabbag (2018, p.930):

> *"Se há prescrição, desaparece o direito de se pleitear a intervenção do judiciário, diante da falta da capacidade defensiva, que lhe foi retirada em consequência do não uso dela durante certo*

> *interregno,* ***atingido pela força destrutiva da prescrição"*** *(Nosso Grifo)*

Assim sendo, esta prescrição em apreço é a denominada prescrição tributária genérica do artigo 156, inciso V do CTN. Como dito anteriormente, ela é uma causa extintiva do crédito tributário, uma vez ocorrida, nula será a ação executiva e por derradeiro será extinto o crédito tributário.

No tocante ao termo *a quo* para a contagem da prescrição, o Código Tributário Nacional é claro quanto a isso, o marco inicial para a contagem do quinquênio prescricional se dá na constituição definitiva do crédito tributário, conforme consoante disposta no art. 174 do referido diploma.

Ricardo Alexandre (2017, p.549) esclarece sobre este marco importante:

> *"Pode-se afirmar, portanto, que, com a notificação, o crédito está constituído,* ***mas não que ele está definitivamente constituído****. Por conseguinte, tem-se uma situação em que não se conta decadência - porque a Administração já exerceu seu direito - nem prescrição por conta da ausência de definitividade do lançamento efetuado. Não havendo pagamento ou impugnação ou, em havendo esta, concluído o processo administrativo fiscal e ultrapassado o prazo para\ pagamento do crédito tributário sem que o mesmo tenha sido realizado,* ***começa a fluir o prazo prescricional".*** *(Nosso Grifo)*

Vale destacar que o referido termo de início do prazo da prescrição é notoriamente aceito e uníssimo de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ). No REsp 413.457/RS, foi declarado que a prescrição segue literalmente a disposição imposta pelo art. 174 do CTN, isto é, tendo o Fisco cinco anos para a cobrança do crédito tributário, a contar de sua constituição definitiva.

Superado tais apontamentos preliminares, cumpre neste momento adentrar a uma variação que vem intrigando as Cortes brasileiras e causando certa balburdia na doutrina correspondente: a prescrição intercorrente no Direito Tributário.

2. Conceitos basilares sobre a prescrição intercorrente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em linhas introdutórias, foi preciso discorrer sobre a prescrição para entender o assunto de forma ampla, para então, agora aprofundar os estudos no objeto do presente trabalho, que é justamente da prescrição intercorrente.

Nesta linha, Robson Zanetti (E-book, p.65) explica que existem dois tipos de prescrição no direito tributário:

> "*Temos duas espécies de prescrição no direito tributário: uma que ocorre antes do ajuizamento da execução fiscal, conhecida por prescrição consumativa (genérica) e outra após a execução,* ***chamada prescrição intercorrente"*** *(Nosso Grifo)*

Esta diferenciação é de suma importância para o presente estudo. A prescrição que foi apresentada no início nada se confunde com a chamada "intercorrente". Apesar de ambas estarem ligadas ao fenômeno do decurso do tempo e a inércia do Fisco, existe uma característica que as tornam distintas e heterogêneas: se a ação de execução fiscal já foi proposta (intercorrente) ou ainda não foi proposta (consumativa).

Nada melhor que começar a analisar esta variação sob o prisma do sentido terminológico da palavra. José da Silva Pacheco (2009) leciona que a palavra "intercorrente" é um adjetivo oriundo do latim inter (entre) e currere (correr), significando o que sobrevém, ou se mete de permeio.

Da mesma sorte, o dicionário online de português (DICIO) propõe um significado semelhante: o que sobrevém no decurso de outra coisa.

Entendido a expressão e assimilando a sua essência no campo jurídico, tem-se a necessidade de estabelecer um conceito. A prescrição intercorrente é aquela ocorrida nos casos de que já foi proposta a ação de execução pelo sujeito ativo da relação tributária e não foi possível localizar o devedor ou, na hipótese de localizá-lo, este não apresentar bens suficientes para arcar com o tributo exequível e o Fisco não pratica atos necessários para seu prosseguimento, deixando a ação paralisada por tempo superior ao máximo previsto em lei.

Nos dizeres de Cassio Scarpinella (2014, p.86), a prescrição em apreço pode ser definida como "a falta de impulso pelo exequente que pode acarretar a perda da pretensão à tutela jurisdicional executiva"

Malgrado o tema da prescrição intercorrente esteja presente no ordenamento jurídico em outras disciplinas há um tempo, este instituto é relativamente novo em âmbito de matérias tributárias. Isso porque, em sede de execução fiscal, pioneiramente esta surgiu de uma construção doutrinária com a finalidade de impulsionar os processos judiais que estavam paralisados na Fazenda Pública, aguardado a localização dos executados para a penhora de bens ou citação.

Por sua vez, a sua regulamentação adveio da Lei nº 11.051 de 29/12/2014, que introduziu o artigo 40, § 4º da Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), a qual dispõe acerca da Cobrança Judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Para Américo Luís Silva (2011, p.448) a prescrição intercorrente "refere-se à prescrição interrompida que recomeçou a correr, extinguindo o direito de ação"

Num primeiro momento, a interpretação do conceito lecionado pelo jurista pode-se parecer de difícil interpretação, contudo, cabe trazer à baila o significado do que está por trás disso. Acontece que, quando o magistrado profere o despacho de citação na execução fiscal, segundo o artigo 174, parágrafo único, I, do CTN, estará interrompida a prescrição, ou melhor, o prazo zera e volta do seu termo a quo (0) para a Fazenda realizar a satisfação do crédito exequível.

Em outras palavras, para facilitar o entendimento, suponha-se que foi ordenado o despacho citatório pelo Douto Juízo, mas o contribuinte ignora, não garante o juízo ou nas piores hipóteses não paga o crédito tributário pendente. A Fazenda como exequente, assim como outros detentores de diversos tipos de natureza de créditos (trabalhistas e cíveis), deverá buscar bens e direitos do contribuinte, de tal modo que não deixe a execução fiscal parada, pois o exequente deve obrigatoriamente dar andamento a ação, sob pena de ocorrer a prescrição intercorrente.

Não se pode esquecer que, assim como a prescrição consumativa, esta modalidade também é um reflexo latente do princípio do devido processo legal. Seria injusto impor ao executado uma execução *ad eternum* em que o contribuinte estaria em um estado de sujeição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

– senão total – ao Fisco, bem como seria terrivelmente prejudicial ao Estado de Direito a perpetuação de litígios e instabilidade das relações jurídicas.

Neste sentido, não é à toa que o STJ se pronunciou em recente precedente judicial que sedimentou os caminhos da prescrição intercorrente (como será visto posteriormente) da seguinte forma:

> *"O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais. "*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*

Também a doutrina caminha nesse sentido, conforme o lúcido comentário de Humberto Theodoro Jr. (2016, p.542):

> *"Repugna ao Estado de Direito moderno conviver com obrigações imprescritíveis, **por ser impensável a pretensão creditícia eterna**, sem que a garantia de segurança nas relações jurídicas patrimoniais restasse abalada ou suprimida" (Nosso Grifo)*

Entendido tais apontamentos, é necessário verificar o momento em que se inicia a contagem do prazo de 5 (cinco) anos para a ocorrência da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal, que se dá por meio da análise do artigo 40 da Lei n. 6.830/80.

3.

1. **A contagem do prazo quinquênio da prescrição intercorrente**

Na inteligência do artigo 40 da Lei n. 6.830/80 " O juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e nesses casos, não correrá o prazo de prescrição". E decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que o dispositivo traduz é da possibilidade do juiz suspender o processo de tal forma que beneficie a parte exequente que não conseguiu encontrar bens do contribuinte para satisfazer seu crédito tributário.

Observa-se, portanto, que o processo pode ficar suspenso por 1 (um) ano após determinação judicial, sem que a execução seja atingida pelo fenômeno da prescrição.

Por derradeiro, após transcorrido o prazo da suspensão, os autos da execução fiscal deverão ir para o arquivo, nos termos do artigo 40, §2 da referida lei, e se estes ficarem em arquivo por mais de 5 (cinco) anos sem o impulso pelo exequente para interromper a prescrição, a execução restará prejudicada e consumida pela força da prescrição

Assim, destaca-se que a prescrição terá seu marco inicial somente após decorrer a suspensão do processo por um ano, conforme o pronunciamento da Súmula n° 314 do STJ.O momento do arquivamento é o que identifica o termo *a quo:*

> **Súmula nº 314 do STJ**: *"Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".*

Sobre a Súmula em destaque, Humberto Theodoro Jr. (2016, p.542) aponta uma observação importante: a suspensão que se trata o art. 40 da LEF não está condicionada a decisão solene do juiz, bastando-se da mera falta de citação ou de penhora para que seja consagrada.

Destarte, com base nos ensinamentos de José da Silva Pacheco (2009), elenca-se os principais fatos que devem ocorrer para caracterizar hipótese da prescrição intercorrente: a) existência de uma execução fiscal com base em certidão ativa; b) não ter sido encontrado o devedor ou seus bens para penhora; c) suspensão do curso da execução enquanto não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora; d) decurso do prazo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou bens penhoráveis, e consequentemente, o arquivamento dos autos, por despacho do juiz; e) por fim, a permanência do processo arquivado, por mais de cinco anos, o que pressupõe a inercia do credor e consequentemente a prescrição, que pode ser reconhecida e decretada *ex officio* pelo juiz.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sabiamente, nada impede que os autos sejam desarquivados. Ora, é o que revela o § 3 do artigo 40 da LEF. O legislador priorizou o prosseguimento da execução fiscal e da satisfação do crédito tributário quando forem encontrados bens ou o próprio devedor da ação.

Sobre isto, Josiane Minardi (2017, p.184) expõe:

> *"Assim, se durante o período de arquivamento a Fazenda encontrar bens do wcontribuinte, o processo de execução será desarquivado e a demanda voltará a correr normalmente. O executado será intimado da penhora e será aberto prazo para que ele possa apresentar embargos à execução"*

Urge ponderar que o §4 do artigo 40 da LEF é quem inaugura a figura da prescrição intercorrente "ipsis litteris", veja-se: "Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato"

Nos dizeres de Ricardo Alexandre (2017, p.556):

> *"O dispositivo deixa claro que, após a ordem de arquivamento, não mais se pode afirmar· que o prazo prescricional ficará suspenso indefinidamente, podendo o magistrado - e aí é a grande novidade - **decretar de ofício a prescrição intercorrente"*** (Nosso Grifo)

Assim, por interpretação do artigo de lei acima, o que subtrai é que o termo *ad quem* para a Fazenda Pública movimentar o processo e evitar a perda da exigibilidade do tributo é justamente antes de 5 (cinco) anos em que os autos ficaram arquivados. Caso o processo fique inerte por esse tempo, nada mais poderá ser feito e o sujeito passivo da relação jurídica tributária estará dispensado do cumprimento do crédito tributário.

Por fim, como dito em ocasião oportuna, é o despacho citatório que "zera" a contagem do prazo prescricional e serve como marco para apurar o quinquênio da contagem. Contudo, como é notório pelos operadores de Direito, nem sempre a citação do executado é feita com celeridade pelo Poder Judiciário, fato este que não ocasiona na perda do direito de executar o débito, conforme a Súmula 106 do STJ, veja-se:

> **Súmula 106 do STJ**: *"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência".*

Isso quer dizer que se por algum motivo a citação do devedor demorar, por culpa exclusiva do Poder Judiciário, o tempo da prescrição não estará correndo, uma vez que nesses casos – atípicos – o que importará é propositura da ação no prazo legal.

Neste diapasão, leciona Eduardo Sabbag (2018, p.827)

> "*É claro que havendo demora na citação, em virtude de motivos inerentes ao próprio mecanismo da Justiça, a entraves da própria máquina judiciária, ou mesmo, atraso em virtude de determinação judicial, não se justifica a arguição de prescrição"*

Logo, sem sombra de dúvidas, a parte exequente jamais poderá ser prejudicada por onerosidade da máquina pública, quando a citação não ocorrer por culpa exclusiva do Poder Judiciário. Em contrapartida, se restará provado que a citação não ocorreu por desídia da parte credora, deverá ser reconhecida a prescrição intercorrente.

Analisado os grandes aspectos no tocante à contagem deste instituto, passa-se a apresentar os novos entendimentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afetaram diversos casos parados no Poder Judiciário.

3. Teses fixadas acerca da prescrição intercorrente pelo STJ em 2018

Após alguns anos com demandas paradas para apreciação do Poder Judiciário, A 1ª seção da Corte da STJ definiu tese sobre a prescrição intercorrente que afetou mais de 27 milhões de processos.

A primeira tese aprovada pelo colegiado, nos termos do voto do relator Mauro Campbell foi a seguinte:

> *"O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da lei 6.830/80 - LEF tem* ***início automaticamente na data da ciência da Fazenda***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ***Pública*** *a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, sem prejuízo dessa contagem automática, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução" (Nosso Grifo)*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*

Na leitura da tese fixada interpreta-se que mesmo sendo inexistente a petição da Fazenda requerendo a suspensão, o prazo de um ano de suspensão previsto na LEF tem início na data da ciência Fazenda Pública no tocante à não a localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis pelo oficial de justiça, bastando-se, somente, a intimação do Exequente. A grande novidade acerca disso é que basta a ciência da Fazenda para começar a contagem do prazo *ex leg.*

Já a segunda tese, a Corte reiterou o §4 do artigo 40 da LEF, referente necessidade da oitiva da Fazenda Pública para decretar a prescrição intercorrente em decisão judicial, *in verbis:*

> *"Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronuciamento judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, decretá-la de imediato"*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*

Do relatado acima, extrai-se o fundamento da mera ratificação da lei em discussão, estando a decretação da prescrição intercorrente condicionada a prévia oitiva da Fazenda Pública para que possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas da prescrição intercorrente.

No que concerne a terceira tese, para melhor exame, urge também transcrever o que foi decidido:

> *"A efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo, v.g., a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera"*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*

Estabelece o entendimento acima de que a interrupção da prescrição intercorrente se dará tão somente em duas hipóteses: quando o devedor foi localizado (isto é, citado) e/ou quando ocorrer constrição relativo a bens do devedor do crédito tributário. Neste ponto, destaca-se que não basta o mero requerimento em juízo peticionando a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre os bens, é indispensável a efetiva penhora para dar aptidão e afastar a contagem da prescrição intercorrente!

Ainda, a segunda parte da tese, revela o fenômeno da retroatividade do pedido da Fazenda Pública. Se ela requerer dentro dos 6 anos (1 da suspensão e 5 da prescrição) o pedido da constrição patrimonial e se for concedida judicialmente após este prazo, ela não será prejudicada por eventual morosidade do Poder Judiciário, nos mesmos moldes do que já foi discutido acima no presente trabalho.

Por fim, a quarta e a quinta tese serão analisadas juntas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *"A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/15), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 1., onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição"*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*
>
> *"O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa".*
>
> *(REsp 1.340.553/RS Rel. Min. Mauro Campbelli Marques, Primeira Seção, Julg. 12 set 2018)*

Analisando-as, pode-se dizer no que se refere a quarta tese, está latente a manifestação do princípio da instrumentalidade das formas também no processo de execução fiscal. Este sugere que a Fazenda Pública deve-se manifestar em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC) ao alegar qualquer nulidade pela falta de intimação e demonstre o prejuízo que sofreu por conta disso. Isso porque, se posteriormente ela vier alegar, não há que se falar em nulidade.

Por fim, a última tese também decorre de um princípio. Neste caso, aplica-se o princípio da motivação dos atos judiciais, que no caso *sub examine*, se manifesta prioritariamente a aquele magistrado que decreta a prescrição intercorrente, devendo este declarar o lapso temporal que a definiu, bem como o tempo que a execução ficou suspensa.

Resta claro, frente a explanação acima, que depois de uma longa discussão e confecção dos novos ditames do STJ, as dúvidas que pairavam acerca da interpretação do art. 40 da LEF foram sanadas (se não, quase todas) e o julgamento em repetitivo afetou

variados casos parados em sede de execução fiscal no Poder judiciário, casos estes representativos no Brasil.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi dito, o escopo do presente trabalho foi analisar o instituto da prescrição intercorrente previsto na Lei de Execuções Fiscais. Para tanto, foi elaborado um estudo amplo acerca das noções basilares, para então depois se adentrar aos temas mais específicos como a contagem e os novos precedentes judiais.

Em linhas introdutórias, foi possível verificar que a prescrição intercorrente é perfeitamente aplicável em âmbito de matéria tributária, tendo como fonte de direito primária o artigo 40 da referida lei. Ademais, foi possível concluir que o instituto é um verdadeiro reflexo do princípio constitucional do devido processo legal, sendo instrumento balizador do comportamento estatal e da garantia da segurança jurídica.

Conceituou-se na ocasião, que a prescrição intercorrente ocorrerá necessariamente quando a Fazenda Pública, uma vez iniciada a Execução contra o contribuinte, se manter inerte, sem dar curso ao procedimento fiscal judicial.

Mais adiante, constatou-se que, em que pese a interpretação da Lei de Execuções Fiscais acerca do tema seja de difícil leitura, a doutrina correspondente e a jurisprudência conseguiram suprir a ineficiência do disposto normativo com pronunciamentos que ajudaram a calcular a contagem do prazo prescricional conforme previsto em lei.

Por fim, tendo em vista a influência dos novos precedentes judiciais no tema do trabalho, analisou-se tese por tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.340.553/RS, que fixou novos paradigmas referente a questões práticas do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 11.ed. São Paulo: Método, 2017

BRASIL. **Lei de Execuções Fiscais: LEI Nº 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: julho de 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Código de Processo Civil: LEI 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 junho de 2019

Brasil, Jus. **Recurso especial nº 1.340.553 – RS** proferido pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça do Brasil. Ministro Relator: Mauro Campbell Marques. Data do julgado: 12 de setembro. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: <http://www.dicio.com.br>. Acesso em: 2019.

MARTINS, Americo Luis. **Comentários à Lei de Execução Fiscal.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MINARDI, Josiane. **Direito tributário.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**, 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 13. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2016.

ZANETTI, Robson. **Comentários à Lei de Execuções Fiscais** – Artigo por artigo.E-book, . Disponível em: <https://www.ebah.com.br/content/ABAAAeuEMAJ/execucoes-fiscais>. Acesso em: 25 jul. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROCESSO TRABALHISTA - COMPETÊNCIA TERRITORIAL (ART. 651 DA CLT), FORO DE ELEIÇÃO, COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

SAMARA DREVEK: Acadêmica do curso de Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI.

RESUMO: Este trabalho discorre sobre a competência territorial, competência relativa e absoluta, mostrando em quais casos elas se enquadram. Será explanado acerca do trabalho de brasileiros no exterior e, tambem sobre o foro de eleição.

PALAVRAS CHAVES: Competência territorial, competência absoluta e relativa, art. 651 do CLT, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho, foro de eleição.

ABSTRCT: This paper discusses territorial competence, relative and absolute competence, showing in which cases they fit. It will be explained about the work of Brazilians abroad and also about the forum of election.

KEYWORDS: Territorial competence, absolute and relative competence, art. 651 of the CLT, Regional Labor Courts, Superior Labor Court, election forum.

SUMÁRIO: Introdução; 1 - Competência territorial; 1.1 - Local da prestação de serviços; 1.2 - Empregado agente ou viajante comercial; 1.3 Empregado brasileiro que trabalha no estrangeiro; 1.4 Empresa que promove atividade fora do lugar da celebração do contrato; 2. Foro de eleição; 3. Competência absoluta e relativa; 3.1 Modificação de competência; 3.2 Prorrogação; Conclusão; Referencias.

INTRUDUÇÃO

O presente trabalho irá apresentar e explicar as competências, tanto se referindo as competências de graus de jurisdição diferentes quanto se referindo a competência brasileira perante um Estado estrangeiro, referente ao que se refere o direito do trabalho.

Trará também as competências que podem ser modificados explicando a razão de se permitir a modificação ou não da competência e o momento em que perde o direito de modificar a competência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. COMPETÊNCIA TERRITORIAL

A CLT art. 651, traz expressamente o regramento de competência em razão do lugar ou, como também é chamada, de competência territorial (*ratione loci*). A competência se dá com base na área geográfica que atua o órgão jurisdicional, sendo normalmente atribuída aos órgãos de primeira instancia.

Os Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) têm competência para julgar dentro de determinada região, compreendendo está os estados da federação, julgando causas trabalhistas originalmente ou em grau de recurso.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem competência para julgar em âmbito nacional, julgando os casos que ultrapassem os limites de um estado ou julgar casos em grau de recurso do TRT nos dissídios individuais ou coletivos.

1.

1. **Local da prestação de serviços**

A regra do art. 651 da CLT, visa facilitar o acesso à justiça ao trabalhador, dispondo em regra que a propositura da ação deve-se ser feita aonde ocorre a prestação do serviço, em regra.

> **“** Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro.
>
> § 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.
>
> § 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência

> ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.
>
> § 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços".

Conforme disposto no artigo, a demanda trabalhista deve ser proposta na localidade em que presta seu serviço, não aonde foi contratado, mesmo que tenha sido contratado no estrangeiro.

Quando se interpreta o art. 651 deve-se levar em conta que o dispositivo tem intuito do facilitar a parte mais frágil, para que esta possa ter acesso a justiça, mas ao mesmo tempo não implicando em prejuízo ao direito de ampla defesa e contraditório do demandado.

Com esse entendimento podemos ver em um caso hipotético em que o empregado propõe ação no foro de seu domicílio, não sendo está a localidade aonde tenha prestado o serviço e nem celebrado o contrato, por motivo este de não ter a condição financeira para o deslocamento para o foro adequado, mesmo que o reclamado apresente exceção de incompetência e sendo confirmada a veracidade da afirmação do reclamante, com base no art. 5 da CF, LV e LXXVIII, pode-se rejeitar a exceção.

1.2 Empregado agente ou viajante comercial

Umas das exceções da regra geral ocorre quando for parte num processo empregado agente ou viajante comercial. Essa exceção está disposta no art.651 §1º da CLT.

Nesses casos de empregado agente ou viajante comercial a ação será proposta:

a. Na vara da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a está o empregado esteja subordinado;

b. Não existindo agência ou filial, na vara localizada aonde o empregado tenha domicílio ou na localidade mais próxima.

1.3 Empregado brasileiro que trabalha no estrangeiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O §2º do art. 651 da CLT, dispõe de outra exceção. Em casos de empregados brasileiros que trabalham ou trabalharam em agência ou filial no estrangeiro a competência será das Varas de Trabalho, desde que não haja convenção internacional dispondo em contrário.

Para a solução desse conflito o ordenamento jurídico tem dois critérios:

a. Critério processual: competência territorial atribuída à Justiça do Trabalho para processar e julgar brasileiro que tenha trabalhado em agência ou filial no estrangeiro.

b. Critério material: relação de emprego regida conforme a lei do país em que prestou serviço.

Ressaltando que não importa se a empresa que está no estrangeiro é brasileira ou estrangeira, o que importa é se o empregado é brasileiro ou não, independentemente de ser nato ou naturalizado.

Ação pode ser proposta em outro país desde que o Brasil tenha ratificado a Convenção Internacional que tenha esta previsão.

A competência quanto a Vara que irá julgar será na localidade em que a empresa tenha a sede ou a filial no Brasil ou aonde foi feita a contratação. Não havendo sede nem filial no Brasil, está será notificada por carta rogatória, a Vara competente neste caso será determinada por analogia ao art. 21 do CPC, I e II:

> "Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:
>
> I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
>
> II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;"

Em relação a empresa aceitar ou não se submeter a jurisdição da justiça brasileira, não é mais uma questão de competência.

1.4 Empresa que promove atividade fora do lugar da celebração do contrato

O empregador que desenvolve atividades em lugares diversos da celebração do contrato (exemplos atividades circenses, feiras agropecuárias, motorista de ônibus de linhas intermunicipais etc.), está sujeito a exceção que está disposta no §3º do art. 651 da CLT.

Nestes casos a reclamação poderá ser proposta no foro aonde foi celebrado o contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

2. FORO DE ELEIÇÃO

O art. 63 do CPC dispõe da possibilidade de as partes fazerem foro de eleição na competência em razão do valor da causa ou do território, por serem matérias de competência relativa. As partes podem modificar a competência, por meio de foro de eleição para dirimir eventuais conflitos surgidos em função da relação jurídica estabelecida.

Todavia, a jurisprudência e a doutrina trabalhistas entendem que a omissão do texto obreiro não possibilita uma aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que se refere ao foro de eleição. Pelas normas de direito do trabalho serem de ordem pública, estas não são suscetíveis de modificação.

Ao interpretar o art. 651 da CLT vemos claramente que seu objetivo é facilitar o acesso a justiça do hipossuficiente. Sendo uma situação de fato em que a eleição do foro for incompatível com o do processo do trabalho, impossibilitando ou dificultando o acesso à justiça, mesmo que não haja vedação expressa na norma consolidada, o foro de eleição não será utilizado, sendo nula, podendo ser declarada de ofício pelo juiz.

3. COMPETÊNCIA ABSOLUTA E RELATIVA

As competências de natureza **absoluta** são as relacionadas a matéria, da pessoa e da função. O exercício sobre a competência absoluta só se dá a juiz que estiver legalmente autorizado para exercer essa jurisdição.

Não há possibilidade de prorrogação, podendo ser alegada a qualquer tempo do processo devendo o juiz decretar de oficio (art. 485, §3º e art. 337, §5º do CPC). Caso já tenha sido formada a coisa julgada material, apenas por meio de ação rescisória, será possível desconstituir a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente (art. 966, II do CPC).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As competências de natureza **relativa** são as relacionadas ao território. Neste caso o juiz não pode declarar de oficio, sendo do interesse do réu declarar a incompetência territorial na primeira oportunidade de defesa que tiver, sob pena de prorrogação. Se o réu não arguir na primeira oportunidade a incompetência territorial o juízo que que a ação está se tornará competente para julgar a causa.

3.1 Modificação de competência

Como já especificado acima a competência absoluta é imutável, diferente da relativa que pode ser modificada caso não haja a declaração do réu na primeira oportunidade.

A respeito da modificação de competência a CLT é omissa, aplicando-se subsidiariamente o CPC nos casos em que as normas do CPC não violem os princípios da celeridade e singeleza do processo do trabalho.

A competência da justiça do trabalho pode ser modificada por: prorrogação, conexão, continência ou prevenção.

3.2 Prorrogação

Dispõe o art. 65 do CPC:

> *"Art. 65. Prorrogar-se-á a competência relativa se o réu não alegar a incompetência em preliminar de contestação. Parágrafo único. A incompetência relativa pode ser alegada pelo Ministério Público nas causas em que atuar."*

Compreendemos assim que o réu só tem uma possibilidade de arguir incompetência relativa, e a falta desta arguição presumir-se-á a concordância do competente atual.

Há duas possibilidades para que ocorra a prorrogação:

a. *Aceitação do autor:* propor ação em órgão é incompetente *ratione loci*[1];

b. *Aceitação do réu:* deixar de se opor no prazo legal a incompetência relativa.

CONCLUSÃO

A competência se dará com base na região geográfica que o órgão jurisdicional atua. Os TRTs atuaram nas causas que ocorrem dentro do seu estado e, os TSTs atuaram nas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causas que ultrapassam os limites de um estado, sendo os TSTs de âmbito nacional, também julgando os casos em grau de recurso do TRT nos dissídios individuais ou coletivos.

O art. 651 da CLT, regra a localidade em que poderá ser proposta uma ação. Em seu caput determina que as ações sejam propostas aonde foi prestado os serviços, mesmo que tenha sido contratado em outra localidade.

O §1º estabelece o regramento quando a parte for empregado agente ou viajante comercial, deverá propor ação aonde tenha a sede ou a filial do empregador, não havendo nenhum destes no domicílio do empregado ou localidade mais próxima.

O §2º do referido artigo refere-se as relações de trabalhos internacionais. Quando há um brasileiroque trabalha ou trabalhou no estrangeiro este poderá propor ação no Brasil, desde que não tenha convenção internacional dispondo ao contrário, está ratificada pelo Brasil.

O §3º é para empregados que fazem seus serviços em localidades diversas da que tenha sido contratada, ex: circense. Nestes casos proporá ação aonde foi assinado o contrato ou no da localidade onde se teve a prestação dos respectivos serviços.

O CPC em seu art. 63, disciplina o foro de eleição, a qual é uma possibilidade de alteração do foro competente, de natureza relativa. Todavia, não há uma aceitação pela jurisprudência nem pela doutrina trabalhista, sobre a aplicação subsidiária destas normas, pois estas podem estar dificultando a disponibilidade da parte mais frágil de ter acesso a justiça.

A competência absoluta, impossível de se modificar, é tudo que se refere a competência material, da pessoa ou da função. Podendo ser alegada a qualquer tempo e de oficio pelo juiz.

A competência relativa, possível de ser modificada, é o que se refere ao território (ex: propõe ação em Itapema, porém a competência era da comarca de Balneário Camboriú). Podendo apenas ser alegada pelo réu em preliminar de contestação, correndo o risco de prorrogação caso não alegue na primeira oportunidade. O juiz não deve se declarar de oficio neste caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ocorrendo a prorrogação da competência relativa o território incompetente torna-se competente. Não havendo nenhuma outra possibilidade de ir para o território competente, pois já esgotou o prazo legal.

REFERÊNCIAS

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Ed. Saraiva, 2017. São Paulo., p. 383-402

SARAIVA, Renato, MANFREDINI, Aryanna, **Curso de Direito Processual do Trabalho.** Ed. JusPodivm, 2016. Salvador., p. 118-121.

NOTA:

[1] *Ratione loci: " Competência territorial que se determina pelas residências ou pela situação das coisas postas em litígio, pela demanda. "* Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=enciclopedia_detalhes&id=5402 >. Acessado em: 26/10/17.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMAS DE GOVERNO: O PRESIDENCIALISMO NO BRASIL E OS CASOS DE IMPEACHMENT

ERIKA CORDEIRO DE ALBUQUERQUE DOS SANTOS SILVA LIMA: Advogada inscrita na OAB/PE. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Especialista em Gestão Empresarial pela Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro/RJ. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Maceió/AL. Bacharel em Secretariado Executivo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Resumo: Este texto traz uma visão geral sobre os sistemas de governo, em especial o sistema adotado no Brasil, o presidencialismo. Em seu bojo são analisados fatores capazes de contribuir para a ocorrência de*impeachment* presidencial. Ademais, é apresentada uma reflexão sobre a estabilidade do sistema presidencialista, tendo em vista que, para alguns, esse sistema deve ser repensado no Brasil, diante dos casos de *impeachment* ocorridos no País desde 1988.

Palavras-chave: Sistemas de Governo; Presidencialismo; Parlamentarismo; *Impeachment*.

Abstract: This text gives an overview on the systems of government, especially the system adopted in Brazil, presidentialism. In his bulge they are analyzed factors capable for contributing to the occurrence of presidential impeachment. In addition, it is presented a reflection on the stability of the presidential system, considering that, for someone, this system must be rethought in Brazil, taking into account the cases of impeachment that have occurred in the country since 1988.

Keywords: Government Systems; Presidentialism; Parliamentarism; Impeachment.

Sumário: 1. Introdução. 2. Os sistemas de governo. 3. Fatores que contribuem para o impeachment: deve ser repensado o sistema presidencialista no Brasil? 4. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Desde a inauguração da nova ordem jurídica constitucional de 1988, dos 4 (quatro) presidentes eleitos no Brasil, 2 (dois) sofreram *impeachment*, tendo encerrado seus mandatos antes do prazo previsto constitucionalmente para tanto. O elevado índice de 50% justifica a indagação quanto à utilização do instrumento no Brasil, pois, sobretudo após a recente deposição da Presidente Dilma Rousseff, surgiram posições no sentido de que possa estar sendo desvirtuado para a solução de impasses políticos em vez de cumprir sua função constitucional de remover presidentes que praticaram atos considerados como crimes de responsabilidade. Nesse contexto, reacendeu-se a discussão quanto à conveniência da adoção do parlamentarismo no Brasil, visto tratar-se de modelo político no qual o impasse entre Executivo e Legislativo pode ser solucionado por técnicas inerentes ao próprio sistema de governo.

Neste estudo, são examinados os principais sistemas de governo atualmente existentes, com destaque para o sistema presidencialista, que é adotado no Brasil. É estudado um modelo que busca identificar o contexto no qual ocorre a interrupção do mandato presidencial antes do termo constitucional nos países da América Latina que adotam o sistema presidencialista. Após, é efetuada uma breve consideração acerca dos *impeachments* ocorridos no Brasil desde 1988, com vista a uma reflexão acerca da viabilidade de adoção do parlamentarismo no Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. OS SISTEMAS DE GOVERNO

O sistema de governo é o meio pelo qual o Estado organiza sua estrutura de poder, determinando os responsáveis pelas funções estatais no âmbito interno, bem como no plano internacional. É através do sistema de governo que os poderes se relacionam, em especial o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Desse modo, "cada sociedade, na hora de constituir seu pacto fundamental, deve decidir o tipo de governo que deseja." (PÉREZ, 2008, p. 36)

A tripartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário permite uma melhor distribuição das atribuições do Estado com o estabelecimento das funções típicas e atípicas a cargo de cada poder. Essa tripartição de poderes foi concebida por Montesquieu como uma solução para os problemas do absolutismo monárquico de sua época, passando anos mais tarde a ser o modelo seguido pelas atuais constituições das repúblicas e monarquias. (LEITE, 2016, p.1)

Nesse cenário, de acordo com o grau de separação desses poderes, haverá variação do sistema de governo adotado, por exemplo, "quanto maior a separação dos poderes, maior a proximidade com o sistema presidencialista ou até com os regimes autoritários." (PÉREZ, 2008, p. 36) Uma separação mais estrita entre os Poderes Executivo e Legislativo se aproxima mais do presidencialismo, enquanto uma relação de dependência completa do governo junto ao Legislativo, se assemelha mais ao parlamentarismo, sistema no qual o chefe de governo e o chefe de Estado não se confundem, por não se concentrarem em uma só pessoa.

Os principais sistemas de governo são o presidencialismo, o parlamentarismo e o semi-presidencialismo. O primeiro modelo, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

presidencialista, é o sistema no qual há uma clara separação dos poderes do Executivo e do Legislativo, sendo o Poder Executivo exercido independentemente do parlamento. Ademais, o Poder Executivo não é diretamente responsável perante o Legislativo, de modo que não pode ser destituído por esse último em circunstâncias normais. Nessa modalidade, o Presidente da República é responsável pela direção da política interna e externa. Na primeira situação, atuará como chefe de Estado; na segunda, como chefe de governo. "Para auxiliá-lo, foram criados os Ministros de Estado, pessoas de sua confiança, livremente nomeados e exonerados." (LEITE, 2016, p.1)

O governo presidencial, geralmente, é marcado por características básicas como: a) identidade entre chefe de Estado e chefe de governo; b) unipessoalidade da chefia do Executivo; c) escolha popular do presidente; d) prazo determinado para o mandato presidencial; e, e) existência de poder de veto pelo chefe do Executivo. (DALLARI, 2005, p. 242-244) Trata-se de uma separação estrita entre os Poderes, sendo exemplo o caso brasileiro.

O segundo modelo, o parlamentarismo, se refere a um sistema de governo em que não há uma clara separação dos poderes entre Executivo e Legislativo. Isso porque, nesse tipo de sistema, o Poder Executivo de um Estado depende do apoio, seja direto ou indireto, do parlamento. (PINTO, 2008, p. 1) A doutrina tece importantes comentários sobre esse sistema:

> O parlamentarismo é um sistema estruturado sobre a existência de um órgão legislativo, cujas cadeiras estão divididas entre partidos políticos. Pela lógica, o partido ou coalizão que detiver a maioria das cadeiras terá poder de aprovar as leis em concordância com o seu programa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Mas, também terá a prerrogativa de formar o governo para executá-las. Isso se dará porque as funções executivas serão desempenhadas por um primeiro-ministro, escolhido pelo partido que detiver a representação majoritária no Poder Legislativo. Em consequência desta configuração, a política traçada pelo governante terá no Parlamento o apoio necessário para ser aprovada. É o que vemos no cotidiano político de países que adotam este sistema, como a Alemanha, a Áustria, a Itália, a Finlândia, a Turquia, dentre outros. No Reino Unido, em 1979, com a vitória expressiva do partido Conservador, assumia o cargo de primeiro-ministro, Margareth Tatcher, apelidada de "the iron lady" (a dama de ferro), que conseguiu desenvolver seu agressivo programa de privatizações, enfraquecimento de sindicatos e não concessões de direitos trabalhistas. (LEITE, 2016, p. 1)

De modo resumido, as principais características do sistema parlamentarista são: a) a distinção entre chefe de Estado e chefe de governo; b) a chefia do governo com responsabilidade política; e, c) a possibilidade de dissolução do parlamento. (DALLARI, 2005, p. 235-237) No sistema parlamentarista, "o governo somente existe enquanto mantém apoio da maioria do Legislativo e o foco do poder está no gabinete." (BATISTA, 2014, p. 127)

Uma breve comparação entre o presidencialismo e o parlamentarismo demonstra que no presidencialismo é adotado um sistema de "freios e contrapesos" para assegurar que um poder não irá interferir no outro, já no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

parlamentarismo não. (LEITE, 2016, p.1) Por outro lado, o sistema parlamentarista parece ser mais flexível do que o presidencialista, pois no presidencialismo, no caso de uma crise política, poderia ocorrer a ruptura institucional, enquanto no parlamentarismo a situação seria solucionada com a queda do governo e a dissolução regular do parlamento. (DALLARI, 2005, p. 236-237)

O terceiro principal sistema de governo é o semi-presidencialismo. Nessa modalidade, o chefe de Estado (que geralmente é o presidente) e o chefe de governo (que normalmente é o primeiro-ministro) dividem em certa medida o Poder Executivo, por isso a utilização da expressão "semi-presidencialismo" que pressupõe a participação de ambos os atores mencionados no cotidiano da administração de um Estado. Tal sistema, difere do presidencialismo, pois o chefe de governo tem alguma medida de responsabilidade perante o Poder Legislativo; e difere, também do parlamentarismo, uma vez que o chefe de Estado, que normalmente é eleito pelo voto direto, possui prerrogativas que o tornam mais do que uma figura simbólica, meramente protocolar. (LEITE, 2016, p. 1)

No caso brasileiro, a redação originária da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pelo art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), previu um plebiscito, a ser realizado no dia 7 de setembro de 1993, para a definição forma e do sistema de governo a serem adotados no País, a saber, república ou monarquia e presidencialismo ou parlamentarismo. Por meio da Emenda Constitucional n.º 2, de 25 de agosto de 1992, antecipou-se a data do plebiscito para 21 de abril de 1993, data em que foi efetivamente realizada a votação, tendo a maioria do povo brasileiro decidido pela adoção da forma republicana e do sistema presidencialista. (BRASIL, 1988, p. 1)

No sistema presidencialista, o presidente atua, no plano internacional, como chefe de Estado, representando a nação nas suas relações internacionais. (TEMER, 1995, p. 149) São exemplos dessa modalidade, o art. 84, incisos VII, VIII e XIX da CF/88, a saber: a) manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; b) celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; e, c) declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional. (BRASIL, 1998, p. 1)

Já como chefe de governo, no sistema presidencialista, o presidente representa o Estado em suas negociações e tratos internos, seja de natureza política ou meramente administrativa. (TEMER, 1995, p. 149) São exemplos dessa modalidade o art. 84, incisos I, II, III, IV, V, VI e IX a XXVII da Lei Maior Brasileira, como: a) nomear e exonerar ministros; iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos na Constituição; b) vetar projetos de lei, total ou parcialmente; c) decretar e executar a intervenção federal; d) enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos na Constituição; dentre outras atribuições. (BRASIL, 1998, p. 1)

Como se pode observar, a Constituição do Brasil delineia com base no presidencialismo as atribuições do Presidente da República, sendo exigida uma atuação zelosa à altura da responsabilidade que cabe ao chefe do Poder Executivo Federal. No entanto, nos últimos anos, alguns passaram a questionar sobre a adoção do presidencialismo pelo Brasil, diante dos recorrentes casos de *impeachment*no País, em especial após a Constituição Brasileira de 1988. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

meio aos escândalos de corrupção envolvendo políticos brasileiros nos últimos anos, bem como levando em consideração a maior frequência da prática de crimes de responsabilidade por presidentes brasileiros, surgem importantes questionamentos: que fatores podem favorecer a interrupção prematura de um mandato presidencial? Deve o presidencialismo ser repensado?

3. FATORES QUE CONTRIBUEM PARA O *IMPEACHMENT*: DEVE SER REPENSADO O SISTEMA PRESIDENCIALISTA NO BRASIL?

Os sistemas de governo latino-americanos consideram a figura do Presidente da República como de maior destaque e concentração de poder, uma vez que são centralizadas em uma mesma pessoa as funções de chefe de governo e chefe de Estado. Além disso, o presidente é "a cabeça da Administração Pública, detém largos poderes normativos e até pode ingerir na conformação do Poder Judiciário." (PÉREZ, 2008, p.48) Apesar de intensos debates acadêmicos e esforços políticos na tentativa de mudar o sistema de governo vigente em algumas democracias latino-americanas, como o plebiscito realizado no Brasil em 1993, o presidencialismo segue forte na América. (AMORIM NETO, 2006, p. 17)

O sistema presidencialista é dominante na América do Sul e estudos demonstram que os presidentes sul-americanos têm deixado o mandato antes de seu fim. Para se ter uma ideia, "desde que os países sul-americanos retornaram ao governo civil nos anos 1970 e 1980, 23% de seus presidentes eleitos têm sido forçados a deixar o cargo antes do final de seus mandatos." Ademais, de 40 presidentes, cujos mandatos se encerariam em meados de 2003, "16 deles (40%) enfrentaram contestações à sua permanência no cargo e 9 (23%), com seus mandatos "fixos" terminados prematuramente." (HOCHSTETLER, 2007, p. 9-11)

Dados mais recentes, envolvendo pesquisas dos anos de 1985 a 2015 revelaram que 'excluindo a recente cassação de mandato de Dilma Rousseff, 16 presidentes em países latino-americanos tiveram seus mandatos interrompidos', seja por causa de *impeachment*, abandono de cargo ou renúncia. (KASAHARA; MARSTEINTREDET, 2018, p. 32) A chamada "queda presidencial" se refere à interrupção prematura do mandato de presidente em virtude de *impeachment*, bem como inclui as renúncias ou qualquer hipótese em que o eleito foi forçado a deixar o cargo antes do final do seu mandato. (HOCHSTETLER, 2007, p.11) Aqui trataremos dos casos de *impeachment* que ocorreram no Brasil após 1988.

O *impeachment* é um procedimento de responsabilização dos agentes políticos pela prática dos chamados crimes de responsabilidade, culminando no afastamento e remoção do agente do cargo para o qual foi legitimamente eleito. No Brasil, esse instituto foi adotado constitucionalmente a partir de 1891, "com a adoção do sistema presidencialista, evoluindo com variações pelas sucessivas constituições: a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967 a Emenda Constitucional de 1969 e 1988." (NOGUEIRA, 2016, p. 245)

No caso do Brasil, dois *impeachments* marcaram a história do País de 1988 até os dias atuais: o primeiro caso foi o do presidente eleito após o retorno à democracia, Fernando Collor de Mello, foi afastado em 1992, por corrupção, tendo seu mandato sido cassado pelo Legislativo. Já em 2016, Dilma Rousseff foi condenada pela prática de crime de responsabilidade, principalmente, "em razão da prática reiterada das chamadas pedaladas fiscais." (NOGUEIRA, 2016, p. 248)

Vários fatores influenciam na interrupção do mandato presidencial, o que faz alguns repensarem sobre a estabilidade do sistema presidencialista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Recentemente, a discussão voltou à tona no Brasil, justamente por conta do *impeachment* da presidenta Dilma Rousseff, ocorrido em agosto de 2016. O debate em torno dos perigos do presidencialismo e sua questionável concentração de poder nas mãos de uma só figura, tem levado estudiosos a revisitar alguns argumentos existentes sobre a temática, como a visão de Juan J. Linz, que imputa ao presidencialismo a tendência do tipo "o vencedor leva tudo" (KASAHARA; MARSTEINTREDET; 2018, p. 30) J. Linz foi, sem dúvida, um dos autores que mais contribuiu em todo o mundo para as noções de democracia e presidencialismo. Seu ensaio intitulado "*Democracy: presidential or parlamentary. Does it make a difference?*", do ano de 1985, afirmava que "o presidencialismo tem menor probabilidade de sustentar regimes democráticos estáveis do que o parlamentarismo." (MAINWARING; SHUGART, 1993, p. 191)

Atualmente, as quedas presidenciais têm sido associadas a uma série de fatores, que, juntos, são capazes de determinar o fracasso de um mandato. Em um estudo mais amplo, considerando a América do Sul nos anos de 1978 a 2003, foi constatado que os "presidentes destituídos do poder tinham uma tendência maior a estarem pessoalmente implicados em escândalos, a seguirem políticas neoliberais e a não terem maioria no Congresso." (HOCHSTETLER, 2007, p.10) Além desses fatores, a presença ou ausência de protestos populares nas ruas foram cruciais no sentido de determinar que presidentes realmente cairiam. As mobilizações sociais afetam a estabilidade presidencial, especialmente quando ligadas ao ativismo legislativo: elas apoiam umas às outras e juntas criam obstáculos intransponíveis para a sobrevivência presencial. Tais mobilizações sociais podem ser fortes o suficiente para derrubar os presidentes por conta própria. (MARTÍNEZ, 2017, p. 43)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Aplicando as características supracitadas ao caso brasileiro, Fernando Collor de Mello, cujo mandato se deu em 1990 a 1992, possuía a minoria parlamentar, estava envolvido em escândalos e possuía uma política mais neoliberal, tendo, no final do mandatado, sofrido *impeachment*. Alguns desses fatores que, segundo Hochstetler, levam à queda presidencial estiveram presentes em algumas situações, mas não culminaram em *impeachment*, gerando apenas contestação do mandato. Um exemplo foi Fernando Henrique Cardoso, que, durante seus mandatos de 1995 a 1998 e de 1999 a 2002, possuía a minoria parlamentar, tinha visão política mais neoliberal, mas não estava envolvido em escândalos. (HOCHSTETLER, 2007, p.12)

No caso de Dilma Rousseff, embora a presidente não estivesse diretamente envolvida em escândalos, seu partido estava no epicentro de várias acusações sobre corrupção, sendo alvo de várias investigações, inclusive por grandes operações, como a "Operação Lava-Jato", da Polícia Federal. Ademais, apesar de integrar uma legenda que historicamente é alinhada a visões de esquerda, a presidente é relacionada como a chefe do Poder Executivo Federal que mais privatizou no Brasil, o que demonstra uma proximidade de seu perfil político com posturas neoliberais. (HERMES, 2016, p. 1) Além disso, Dilma não possuía um apoio maciço no Legislativo, de modo que teve dificuldades para conduzir seu governo e aprovar suas medidas.

Um *impeachment* e eventual cassação do mandato significa a utilização de prerrogativas institucionais, concedidas constitucionalmente, geralmente ao Poder Legislativo, para remoção de presidentes que atentem contra a ordem constitucional. Embora seja um procedimento legal, alguns casos recentes de *impeachment* mostram a utilização desse instrumento como meio de solucionar conflitos e problemas de relacionamento entre o Executivo e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Legislativo, havendo, portanto, uma desvirtuação do instituto. Alguns alegam que no caso do *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, houve o desvio de finalidade do instituto. Formalmente, o afastamento se deu por conta da violação de leis fiscais e orçamentárias, mas, para alguns, na verdade, o *impeachment* foi utilizado devido à ausência de bom relacionamento com o Legislativo, que se intensificou após as eleições de 2014. Com o baixo apoio congressista, Dilma se viu "paralisada", sem conseguir aprovação da maioria de suas medidas pelo Congresso Nacional. (KASAHARA; MARSTEINTREDET, 2018, p. 33)

Como se pode observar, de fato, alguns fatores influenciam significativamente no curso de um mandato presidencial. "As políticas neoliberais, aliadas à corrupção pessoal, bem como a falta de maioria no Congresso, representam fatores de risco aos presidentes sul-americanos que desejam completar seus mandatos no cargo." (HOCHSTETLER, 2007, p.27-28) Além disso, a rejeição popular é determinante, na medida em que, conforme sustentado no estudo, manifestações de rua foram cruciais para as quedas presidenciais. Diante disso, os futuros presidentes precisam, a par da necessária honestidade no desempenho do cargo, buscar apoio parlamentar para a aprovação de seus projetos. Não se governa um país sozinho, sendo necessário apoio significativo do Legislativo, bem como aprovação da própria população.[1]

Diante de tamanha vulnerabilidade, inclusive com a possibilidade de utilização do *impeachment*como meio de solução de conflitos políticos entre Executivo e Legislativo, têm surgido questionamentos sobre a estabilidade do sistema presidencialista brasileiro, inclusive indagações se o mesmo deveria ser repensado, uma vez que essa postura seria semelhante ao chamado "voto

de desconfiança" do sistema parlamentar. (KASAHARA; MARSTEINTREDET, 2018, p. 34) Some-se a isso o fato de que a democracia presidencialista só foi restabelecida na maioria dos países latino-americanos nos anos 80 e que o desempenho dos países governados por presidentes tem sido bastante ruim, sugerindo que a raiz do problema seria o sistema presidencialista em si. (SARTORI, 1993, p. 5)

Então, seria o parlamentarismo uma solução para o Brasil? Provavelmente, não. O parlamentarismo exige uma maior coesão partidária para a escolha do primeiro-ministro e sua manutenção na chefia do governo, requisito não satisfeito pelo quadro político brasileiro, no qual há um pluripartidarismo exacerbado, formado por legendas com divergências históricas. A cultura e a tradição da política brasileira no que diz respeito aos partidos políticos tornam inviável a adoção do parlamentarismo no País. Como afirma Sartori (1993, p. 11), o parlamentarismo "obrigaria os partidos a se solidificarem, uma vez que teriam de sustentar um governo originado no Parlamento", o que, na opinião da autora, não ocorreria no Brasil.

Outrossim, é preciso destacar que o presidencialismo também possui características atraentes, como a dualidade da legitimidade democrática e a estabilidade do mandato pela fixação de prazo determinado. "Se os poderes forem cuidadosamente definidos e o método de eleição limitar a fragmentação do sistema partidário, pode ser benéfico ter dois — em vez de um — agentes do eleitorado." (MAINWARING; SHUGART, 1993, p. 201)

4. CONCLUSÃO

O exame dos sistemas de governo presidencialista, parlamentarista e semipresidencialista revela qualidades e deficiências em todos os modelos. Nenhum sistema de governo pode ser considerado perfeito, cada um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apresentando vantagens e desvantagens, cabendo a cada sociedade, com bom senso e responsabilidade, ao constituir sua Lei Maior, estabelecer o tipo de governo que deseja. Contudo, o que não se pode admitir é a desvirtuação de instrumentos constitucionais, como, por exemplo, o uso do*impeachment*, no sistema presidencialista, para a resolução de conflitos políticos.

Especificamente, no caso do presidencialismo, o grande desafio é construir uma forma que permita a governabilidade, sendo um dos meios de consolidar o sistema a busca por mecanismos que evitem a "paralisia" do chefe do Poder Executivo diante do Legislativo, impedindo o país de avançar. Uma possível alternativa, nesse sentido, seria a revisão da exclusividade do Presidente da República para a iniciativa de certos projetos de lei, na medida em que, outorgando-se aos integrantes do Congresso Nacional a legitimidade para iniciar certas discussões que integrem a pauta política no País, permite-se a elaboração legislativa de medidas contrárias ao interesse do Presidente da República nos casos em que este tenha minoria no Congresso, sem que seja necessário suspender-se a questão até o término de seu mandato.

REFERÊNCIAS

AMORIM NETO, Octavio. **Presidencialismo e governabilidade nas américas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

BATISTA, Mariana. O poder no executivo: explicações no presidencialismo, parlamentarismo e presidencialismo de coalizão. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 127-155, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: Edusp, 1999.

HERMES, Felippe. **Dilma sairá do governo campeã num quesito: a presidente que mais privatizou na história**. Disponível em: <https://spotniks.com/dilma-saira-do-governo-campea-num-quesito-a-presidente-que-mais-privatizou-na-historia/>. Acesso em: 04 out. 2018.

HOCHSTETLER, Kathryn. Repensando o presidencialismo: contestações e quedas de presidentes na américa do sul. **Lua Nova**, São Paulo, v. 72, p. 199-205, 2007.

KASAHARA, Yuri; MARSTEINTREDET, Leiv. Presidencialismo em crise ou parlamentarismo por outros meios? *Impeachments* presidenciais no Brasil e na América Latina. **Revista de Ciências Sociais**, Fortaleza, v. 49, n. 1, p. 30-54, 2018.

LEITE, Antonio Teixeira. Os sistemas de governo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4587, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45971>. Acesso em: 29 set. 2018.

MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew. Juan Linz, presidencialismo e democracia: uma avaliação crítica.**Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 37, p. 191-213, 1993.

MARTÍNEZ, Christopher. *Presidential survival in south america: rethinking the role of democracy*.***International Political Science Review***, Newbury Park, California, v. 38 (I), p. 40-55, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NOGUEIRA, Thulio Gulherme Silva. O *impeachment* de Dilma Vana Roussef : qualquer semelhança com a história é mera coincidência. **VituaJus**, Belo Horizonte, v. 12, n. 28, p. 244-253, 2016.

PÉREZ, Marvin Carvajal. O presente dos sistemas de governo na américa latina. **Prismas:** Direito, Políticas Públicas e Mundialização, Brasília, v. 5, n. 1, p. 35-50, 2008.

PINTO, Davi Souza de Paula. Parlamentarismo: surgimento e características gerais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: <http://www.ambito

-juridico.com.br/site/index

.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2949>.

Acesso em out 2018.

SARTORI, Giovanni. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 35, p. 3-14, 1993.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

NOTA:

[1] Para Downs (1999, p. 33-42), existe uma “política” por trás da política e todo governo procura “maximizar seu apoio político”, devendo para tanto, se comportar de modo racional ao tomar decisões em diversas circunstâncias que enfrentam regularmente em seus ambientes.

www.conteudojuridico.com.br

CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS NA FASE INQUISITORIAL

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR: Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

Conforme cognição pacífica acerca do engendramento das práticas processuais penais pátrias, o "processo" penal se divide em fase inquisitorial, perpetrada por atos investigativos de cunho administrativo, como o inquérito policial, procedido pelos órgãos de polícia judiciária e o (corretamente) criticado procedimento investigatório criminal, promovido pelos órgãos de persecução penal - como o Ministério Público Estadual e Federal -, e a fase processual, onde se impele a persecução criminal sob o crivo regular do contraditório e da ampla defesa, produzindo-se provas perante a autoridade judiciária, com a adequada distribuição do ônus da prova ao órgão de acusação, o qual promove a persecução em face do acusado, que não detém o dever de provar sua inocência.

Ordinariamente se admite que o inquérito policial, bem como as demais "espécies" de procedimentos inquisitivos criados à deriva do ordenamento constitucional perfazem-se de procedimentos dispensáveis e de cunho administrativo, em razão da desnecessidade destes para o oferecimento da ação penal pelo *parquet*, que está autorizado a oferecer a denúncia sem um procedimento prévio de cunho investigativo, caso detenha elementos informativos que entende necessários para o deslinde da acusação.

Logo, pontua-se o entendimento de que a ação penal e a posterior instrução criminal podem ser impelidas sem as investigações prévias de caráter administrativo, apesar desta ocorrência ser incomum na prática forense.

Neste sentido, a Código de Processo Penal impera que, caso a instrução processual seja promovida após o inquérito policial, e com base neste, a decisão não poderá ser efetivada com base exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, apesar de se resguardar o princípio da livre convicção do juiz.

Versa o art.155 do CPP:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **Art. 155.** O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com a ressalva do óbvio, o legislador incluiu a exceção das provas não repetíveis e antecipadas, que poderão ser utilizadas para fundamentar a decisão emanada do Juízo, como é o caso do exame de corpo de delito, que não poderá ser repetido na fase processual, em razão de já ter se escoado os vestígios do delito, os quais estavam presentes na fase inquisitiva, permitindo-se que o laudo de exame de corpo de delito seja utilizado para fundamentar a convicção do magistrado em ato decisório da ação penal, apesar de não ter sido produzido no curso da ação penal.

Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça, publicou uma tese sobre o tema apresentado, a qual mostra-se controversa em relação aos mandamentos normativos que lastreiam a matéria em apreço, conforme demonstraremos a seguir.

A mencionada tese declara que:

> As provas inicialmente produzidas na esfera inquisitorial e reexaminadas na instrução criminal, com observância do contraditório e da ampla defesa, não violam o art. 155 do Código de Processo Penal - CPP visto que eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal dele decorrente.

Conforme se extrai de simples comparação entre o dispositivo processual preteritamente analisado e a tese emanada da Corte Superior, a parte primeira do entendimento da Corte encontra-se em clara contradição com a norma insculpida no Art.155/CPP, permitindo uma análise extensiva e prejudicial à incolumidade da persecução processual, permitindo graves afrontas à postulados constitucionais, autorizando que o julgador condene com base em elementos informativos colhidos no inquérito policial, desde que sejam “reexaminados” na instrução criminal, sem ao menos esclarecer o que se entende por “reexaminar”.

Fica a pergunta: caberia embargos declaratórios de tese jurisprudencial?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Seguindo com a análise do exposto, nota-se outra afronta ao ordenamento pátrio e a realidade forense contida na segunda parte do entendimento jurisprudencial colacionado, o qual versa que "eventuais irregularidades ocorridas no inquérito policial não contaminam a ação penal dele decorrente."

Entende-se, portanto, numa interpretação literal - já que a corte não nos concedeu insumos bastantes para fazê-lo de outra forma, pois nem o inteiro teor dos acórdãos precedentes [1] esclarecem o arguido – que as irregularidades (nulidades?) ocorridas no inquérito policial que serve de base a propositura da ação penal, serão convalidadas com o recebimento da denúncia ?

Imagina-se a hipótese de um exame de corpo de delito realizado no inquérito policial de forma irregular num crime que se sujeita à disposição do Art.158/CPP, sendo necessária a realização do referido exame em face dos vestígios deixados pelo fato, tornando-se impossível a repetição deste no curso da ação penal, deverá o juiz aceitar a irregularidade, ao arrepio da lei?

E caso o julgador decida desconsiderar o referido exame, sem supri-lo por meios indiretos, poderá condenar sem prova da materialidade, ou absolver por uma "mera irregularidade" ocorrida em sede inquisitorial ?

Nota-se que em qualquer vertente, a ação penal é contaminada pela inobservância de preceitos formais no inquérito.

Fernando da Costa Tourinho Filho neste sentido:

> "Contudo, quando determinado ato houver sido realizado durante o inquérito policial, com manifesta preterição de formalidade, de molde a desnaturá-lo, ou ,então, se houver omissão do próprio ato, o que o juiz pode fazer, ante a projeção da relevância do ato sobre o processo, é determinar sua realização ou renovação, se possível. Não o sendo, aquele vício poderá contagiar todo o processo. Veja-se, como exemplo, a omissão de exame de corpo de delito, direto ou indireto, nos crimes que deixam vertígios. Se estes ainda subsistirem, far-se-á o exame. Muitas vezes, o exame foi feito, mas, por um só louvado. Tal omissão de formalidade acarreta a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

imprestabilidade do laudo. Trata-se de formalidade ad solemnitatem." **TOURINHO, 1979, pag. 163.**

Infelizmente é claro o hábito das Cortes Superiores em violar preceitos constitucionais reconheidos, inclusive, no direito comparado, ratificando arbitrariedades cometidas por juízes singulares e membros do *parquet.*

Reiteramos aqui o brado negativo de agressão às instituições públicas, e à impunidade, contudo, salutar se faz repisar a necessidade da observância acurada acerca da aplicação das normas penais e processuais penais, afastando-se o assaz da persecução ao "inimigo" do Estado, animus que só aflora a violação a axiomas indispensáveis para a manutenção da estabilidade social e jurídica de um Estado Democrático.

[1] AgRg nos EDcl no AREsp 1006059/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Julgado em 20/03/2018,DJE 02/04/2018; AgInt no AREsp 1168591/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, Julgado em 20/02/2018,DJE 28/02/2018; HC 381186/DF,Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Julgado em 26/09/2017,DJE 06/10/2017; AgRg no AREsp 609760/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, Julgado em 01/03/2017,DJE 29/03/2017; HC 371739/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 06/12/2016,DJE 02/02/2017; AgRg no HC 256894/MT, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 14/06/2016,DJE 30/06/2016

[2] FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Processo Penal - 3º Volume. Editora Jalovi, 1979.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A TUTELA DE DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

IGOR FERREIRA DE MACEDO: Advogado. Pós-Graduando em Direito Público e Pós-Graduando LLM Direitos dos Contratos.

Resumo: O presente trabalho visa fazer uma análise da proteção integral da criança e do adolescente relacionando-a com a tutela de direitos difusos e coletivos diante da visão da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990. Neste diapasão, veremos qual o papel dos principais agentes responsáveis pela formação da juventude: a sociedade, a família e o Estado, esclarecendo, quais são os deveres de cada um na efetivação dos direitos fundamentais dos infantojuvenis, e os avanços que a nova era dos direitos surgida com a Constituição Federal trouxe para a afirmação desses direitos.

Palavras-chave: Proteção integral, direitos difusos e coletivos, Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo analizar la plena protección de los niños y adolescentesy se refieren a la tutela de los derechos difusos y colectivos a la vista de la Constitución de 1988 y el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia - Ley N º 8.069/1990. En este sentido, vemos el papel de los principales agentes responsables de la formación de la juventud: sociedad, la familia y el Estado, aclarando cuáles son los deberes de cada uno en la observancia de los derechos fundamentales deinfantojuvenis, y los avances que la nueva era de los derechos surgidos con la Constitución Federal llevó a la afirmación de esos derechos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Palabras Clave: Protección total, los derechos difusos y colectivos, la Constitución Federal, el Estatuto del Niño y del Adolescente.

Sumário: Considerações Iniciais; 1 A proteção integral de crianças e adolescentes e a tutela jurídica do ECA 2 A tutela de direitos difusos e coletivos como forma de proteção dos direitos da crianças e adolescentes 2.1 O papel da sociedade na defesa dos direitos infantojuvenis 2.2 A importância da Família como a base formadora no desenvolvimento de crianças e adolescentes 2.3 O Estado como agente na proteção dos direitos da infância e juventude; Conclusão; Referências.

Considerações iniciais

O escopo do presente artigo de conclusão de curso é a análise da proteção integral das crianças e dos adolescentes à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.0 69/1990, fazendo uma correlação entre esta *proteção integral* definida no texto da lei com a tutela de direitos difusos e coletivos.

É sabido que o tema foi deixado de lado por várias gerações passadas, haja vista que nunca se falou tanto em proteção de direitos seja de crianças, de mulheres, ou de pessoas que se encontram em grupos de risco desde o inicio da década de 90 até o presente momento. Atualmente o Estatuto da Criança e do Adolescente se encontra com 22 anos (vinte e dois) em vigor e todos nós da sociedade e especificamente operadores do Direito sabemos que houve avanços na tutela da proteção dos direitos das crianças e adolescentes, notadamente nos direitos sociais, mas, a complexidade e as mudanças pela qual a sociedade vem passando atualmente nos impõe discutir os avanços da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tutela jurídica do ECA na vida desses jovens, mostrar como vem sendo aplicado o Estatuto e o que falta para que o mesmo tenha uma maior eficácia na proteção dos direitos da nossa juventude.

Assentadas tais premissas, passa-se ao estudo da relação da proteção integral das crianças e dos adolescentes com a tutela de direitos difusos e coletivos, objeto norteador do artigo. Doutrotanto, veremos qual o papel da Sociedade, o da Família e do Estado no dever de preservar a integridade e o desenvolvimento tanto físico, moral e mental dos jovens que estão em fase de desenvolvimento e são vulneráveis perante o mundo adulto. Por fim, e à guisa da conclusão, é posta a síntese do exposto.

Dessa forma, a exposição ora aqui descrita se propõe a defender o papel da Constituição Federal de 1988, do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), da sociedade e da família na busca pela proteção desses jovens que são a esperança de que tenhamos uma sociedade mais digna no futuro e que possamos deixar como legado essa *proteção integral* definida no ECA para as próximas gerações. Em razão de ser um assunto de enorme interesse da sociedade, espera-se que os esclarecimentos possibilitem uma melhor compreensão sobre o tema ora abordado.

1 A proteção integral de crianças e adolescentes e a tutela jurídica do ECA

Com a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente lei nº 8.069/1990 no dia 13 de Julho do mesmo ano, surgiu uma nova era na tutela de proteção dos direitos da criança e do adolescente no Brasil.

Finalmente, o sistema jurídico brasileiro passou a reconhecer direitos específicos para esse grupo de pessoas, eis que são seres ainda em condição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

peculiar no desenvolvimento de sua formação, além de reconhecer todos os outros direitos e garantias tutelados pela Constituição da República de 1988.

Como podemos observar o preceito do art. 3º da Lei 8.069, fica garantido à criança e ao adolescente gozarem de todos os direitos fundamentais da pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata o Estatuto, com o objetivo de que seja garantido o desenvolvimento físico, mental, moral e social desses jovens. Assim, podemos perceber a intrínseca relação do Estatuto da Criança e do Adolescente com os arts. 5º, 6º, 7º, 227 e 229 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, tratou-se de uma época de grande revolução na proteção de direitos não só de crianças e adolescentes, como também na busca pela tutela jurídica de proteção dos direitos de todas as pessoas.

Nessa esteira, as crianças e adolescentes de todo o país passaram a ter uma tutela constitucional, como todas as outras pessoas, mas também passaram a contar com a proteção infraconstitucional do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na lógica da proteção integral resguardada pelo ECA, está a efetivação das políticas públicas, o resguardo na tutela dos direitos fundamentais, a participação da sociedade na defesa dos interesses desses jovens e a participação dos órgãos públicos, pois, sem uma integração destes na busca pela efetivação material da proteção resguardada formalmente, de nada adiantaria, pois teríamos apenas uma legislação muito boa no papel.

Sendo assim, cito o pensamento de Martha de Toledo Machado:

> Na base da noção de proteção integral está a ideia de efetivação dos direitos fundamentais, Logo, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Um deles, como dito, são as políticas sociais públicas. Outro é a tutela jurisdicional.[1]

Deste modo, necessária é a tutela jurisdicional diferenciada como fala a ilustre autora, mas, tão igualmente importante são as políticas públicas, pois desse modo a teoria se apoiará na prática e vice-versa, tornando-se dois importantes dispositivos na busca pela efetivação da proteção integral de crianças e adolescentes.

Daí nos perguntamos o que seria essa proteção integral definida pelo ECA, respondemos dizendo que seria proteger as garantias fundamentais estabelecidas no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente no seu art. 4º, vejamos:

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

Portanto, o dever da proteção integral dos jovens menores de 18 anos é um dever coletivo, e que desde 1990 com a publicação do ECA deve exercido não só pelas "famílias", mas também pela sociedade, pois é nela que as crianças e adolescentes que hoje são tuteladas de maneira "específica" atuarão como adultos mais conscientes do seu papel na comunidade que os cerca. A responsabilidade na proteção desses direitos foi repartida entre esses três grupos citados acima, que buscando dar efetividade à norma do Estatuto, visam modificar e amoldar o dia-a-dia desses jovens de forma a garantir que esses direitos sejam palpáveis, efetivos e exigíveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assevera Paulo Afonso Garrido de Paula:

> Se, num passado remoto, criança ou adolescente era coisa consequentemente descartável e, num passado recente, interessava apenas ao direito penal, ao depois em razão de alguma patologia erigia-se um conjunto de normas tendentes à integração sócio-familiar, modernamente passa a ser considerado como sujeito de direitos, sendo-lhes devida proteção integral perante a família, à sociedade e ao Estado.[2]

Verifica-se desse modo que os direitos tutelados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente vieram a constituir uma inspiradora mudança no ordenamento jurídico brasileiro, mudança essa que se iniciou com a publicação da Carta Magna de 1988, ante que, com o fim da ditadura militar adotou-se no país o chamado Estado Democrático de Direito.

Vale salientar, que a Constituição Federal deixa claro no seu art. 227, § 1º, que é também dever do Estado participar na assistência integral das crianças e adolescentes juntamente com entidades não governamentais, diante disso, percebemos que existe amparo legal para que a nossos jovens tenham condições de se desenvolver como pessoas cidadãs que contribuam com suas famílias e com a sociedade, o que falta mesmo é que esses recursos destinados às políticas públicas sejam de fato posta em prática pelos administradores públicos.

De todo modo, a situação no passado já foi pior, pois a sociedade atual e também as inúmeras iniciativas privadas vêm há algum tempo vem se conscientizando do papel da proteção da infância e juventude com elemento transformador de um povo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não obstante, Paulo Afonso Garrido de Paula defende:

> Assim, proteção integral constitui-se em expressão designativa de um sistema onde crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado.[3]

No passado, o Código de Menores brasileiro de 1979 (Lei nº 6.697) tratava basicamente de distinguir o menor em situação *regular* daqueles que viviam em situação *irregular*, era como se fossem dois ordenamentos diferentes que porventura estavam compilados no mesma legislação. Nesta esteira, o Código de Menores acabava por não reconhecer que todos são iguais perante a lei, pois para aquele, *irregular* seria aquele menor que não gozava de um conjunto de riquezas materiais e imateriais que caracterizasse aquela situação como padrão. Nessa linha, Martha de Toledo Machado preleciona:

> É que o sistema jurídico anterior pré-constituição de 1988, além de figurar crianças e adolescentes como objeto das relações jurídicas do cidadão pai-patrão, na expressão de Ferrajoli, e não como sujeito de direito especiais em face do mundo adulto, orientava-se, simultaneamente, pela cisão entre duas categorias distintas de crianças e adolescentes: a infância normal (infância família, infância escola, infância protegida e fruindo os bens materiais e culturais socialmente produzidos) e a infância desviante (infância não família, não escola, infância desassistida, não fruindo desses bens, e fundida num conceito jurídico de carência-delinquência); [...].[4]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido são os ensinamentos de Paulo Afonso Garrido de Paula:

> No Brasil a legislação anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente – Código de Menores, Lei 6.697, 10.10.1979 – tinha como pedra angular a situação irregular. Somente quando o menor de 18 se encontrasse nessa condição jurídica é que incidiria um conjunto de normas tendentes a protegê-lo.[5]

Acontece, que desde a entrada em vigor num primeiro passo da Constituição Federal de 1988 e posteriormente a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente na forma da Lei nº 8.069/90, revogando o Código de Menores brasileiro, o sistema jurídico reconhece que TODAS as crianças e adolescentes são iguais na proteção de seus direitos e garantias, além da igualdade formal estabelecida pela Constituição Federal no seu art. 5º, caput.

Daí se vê que o ordenamento jurídico pátrio em vigor rompeu com a ideia do passado, que tratava as crianças e adolescentes como algo indiferente e que não tinha muita relevância, para atualmente seus direitos serem elevados ao status de *direitos fundamentais*, onde em virtude da vulnerabilidade daqueles em relação aos adultos e da condição de pessoa em processo de desenvolvimento, a legislação confere proteção específica criando ferramentas para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes perante a família, a sociedade e ao Estado.

Portanto, o professor Paulo Afonso Garrido de Paula afirma com propriedade em sua obra que somente com a Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente é que se concebe crianças e adolescentes como partícipes de relações jurídicas, conceito que baliza a definição de regras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

específicas de proteção à infância e juventude, representando o início de uma mudança cujo resultado final somente poderá ser verificado no futuro[6].

Por fim, cabe asseverar que o Estatuto da Criança e do Adolescente é uma conquista da sociedade como um todo, pois representa um marco na defesa dos direitos fundamentais da nossa juventude e nos faz acreditar que o desenvolvimento social e material de nossos cidadãos passa pela proteção integral das crianças e adolescentes.

2 A tutela de direitos difusos e coletivos como forma de proteção dos direitos da crianças e adolescentes

Como anteriormente falado, o direito vem preocupando-se já faz algum tempo na defesa de interesses de grupos de pessoas, classes e categorias. Entre a doutrina não existe um consenso do que significa *interesse público*, mas, sucintamente podemos defini-lo como o interesse que almeja atingir o bem geral da coletividade, algo como o interesse mútuo das pessoas, não diz respeito a um ou a outro, mas a sociedade como um todo, mesmo que nem todos tenham interesse de fato. Nesta esteira, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) fez distinção entre os interesses transindividuais em *difusos*, *coletivos e individuais homogêneos*, conforme autorização do seu artigo 81:

> Art. 81. [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
>
> III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Nessa linha de pensamento, abordar-se nesse tópico a defesa da proteção integral da criança e do adolescente reconhecendo a tutela de direitos difusos e coletivos como forma de concretização na defesa dos direitos desse grupo de pessoas.

Ante o exposto, os direitos das crianças e adolescente devem ter absoluta prioridade na sua proteção, pois conforme o próprio art. 227, caput, da Carta Magna de 1988, é dever da *família*, da *sociedade* e do *Estado* contribuir cada qual com sua parcela para a proteção integral dos jovens abaixo dos 18 anos. Partindo dessa premissa, o que devemos levar em questão é que o interesse do *menor* deve estar acima dos outros interesses ou direitos tutelados juridicamente, afirmação inclusive que encontra guarida na jurisprudência, pois toda vez que se discutir o direito do menor, este de prevalecer sobre os demais.

Não obstante, o Estatuto da Criança do Adolescente no seu art. 4º trata de definir o que é *prioridade* segundo a lei, do contrário esse termo usado no art. 227 da CF/88 e também no próprio *caput*da lei ordinária poderia ficar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

indeterminado e sujeito a várias interpretações diversas, assim, vejamos o que diz o referido art. 4º, parágrafo único, do ECA:

> Art. 4º
>
> [...].
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> • Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> • Procedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> • Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> • Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude.

Observado o preceito supramencionado, podemos dizer que a proteção integral da criança e do adolescente decorre hoje em dia do *interesse público* em tutelar os direitos de grupos de pessoas, algo que não é em vão, pois temos um ordenamento jurídico que há algum tempo já prevê formas de defesa de interesses de grupos, a título de exemplo temos a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), lei essa que sistematizou a defesa de *grupos* dentro do ordenamento jurídico pátrio. Quanto à referida conclusão, Hugo Nigro Mazzilli assevera:

> A clássica dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, que existe em todos os países de tradição romana do Direito, passou, porém, a sofrer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> crítica muito acentuada, principalmente nestas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão interesse público tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesses do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou interesses da coletividade como um todo.[7]

Portanto, pode-se verificar que o conceito de *proteção integral da criança e adolescente* além de tantos outros, encontra-se abrangido por essa noção de *interesse público* que cada vez mais é usado na esfera de proteção de direitos fundamentais de grupos e da coletividade com um todo.

A segunda conclusão reside no fato de que esse *bem geral* citado pelo eminente doutrinador Hugo Mazzilli constitui também um dos objetivos da República Federativa do Brasil positivado no art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, algo que não nos surpreende, pois o cunho humanístico e democrático da Carta Magna revolucionou o ordenamento jurídico pátrio com essas inovações no que tange a proteção de direitos transindividuais.

Logo, verifica-se essa semelhança de efeitos entre o que se refere aos *interesses difusos* e os *interesses coletivos* pelo fato de ambos terem os mesmos fundamentos, pois ambos têm a origem numa relação jurídica comum e são indivisíveis. Porém, não há que se confundir os dois institutos, visto que há uma diferença quanto a titularidade e quanto a circunstância.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vejamos, assim, o teor do art. 3º da Constituição Federal de 1998:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> II – garantir o desenvolvimento nacional;
>
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> **IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Constata-se, que os interesses difusos e coletivos vieram a ter uma acentuada proteção jurídica e legislativa desde a publicação da atual Constituição Federal, onde esta além de dilatar o rol dos legitimados na tutela de interesses transindividuais, o legislador se preocupou também em estender as hipóteses em que cabe sua tutela judicial.

Portanto, os interesses difusos e coletivos da criança e do adolescente, e mesmo os interesses individuais, deverão conviver com a noção de defesa pela coletividade, pois extraímos tanto da Carta Magna e do ECA que não só o Ministério Público mas também outros legitimados têm competência para a defesa na tutela dos interesses desse grupo. Além disso, as ações coletivas prevista no Estatuto visam também proteger não só integridade física, moral e social da criança e do adolescente, como também prevê a proteção à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

profissionalização e ao trabalho, que deve ser regulada por lei especial, além de tantas outras formas de defesa dos interesses da juventude.

Ante o exposto, percebemos que existe uma conexão entre os vários diplomas legais brasileiros, pois entre os mesmos existe margem de subsidiariedade na aplicação de suas normas, já que essas ultrapassam o caráter meramente específico dos seus diplomas e podem ser usadas para reforçar a defesa na aplicação uma das outras.

Por fim, Norberto Bobbio afirma que "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*".

Feitas essas observações acerca da tutela de interesses difusos e coletivos correlacionada com a proteção dos direitos das crianças e adolescente, é preciso, agora, adentrar na análise do papel que à família, à sociedade e o Estado desempenham na esfera da *proteção integral* dos direitos infantojuvenis.

2.1 O papel da sociedade na defesa dos direitos infantojuvenis

A promulgação da "Carta Cidadã" fez com que a sociedade tivesse maior participação no rumo das várias políticas públicas que assegurassem o mínimo existencial na proteção dos direitos fundamentais aqui no Brasil. Com esta, tivemos um resgate da nossa democracia e uma preocupação muito mais efetiva no que se refere à proteção dos direitos humanos, algo não surpreendente para um país que ficou trancafiado por um período de 21 anos de ditadura militar, onde os direitos pessoais e coletivos eram cerceados pelos ditadores da época.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O anseio do povo para que a democracia voltasse aos seus tempos áureos era enorme, e a Constituição Federal de 1988 expressa bem a vontade do povo da época, onde fica claro nos seus vários artigos o papel da sociedade como mola propulsora para o advento da democracia e da política. Na esfera da proteção integral da criança e do adolescente não foi diferente, pois pela primeira vez a juventude foi considerada titular de direitos fundamentais, algo que revolucionou o ordenamento jurídico e a própria sociedade também, sendo mais efetiva essa noção com a criação e publicação da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente.

Assim, vejamos o que dispõe o art. 227 da CF/88:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Verifica-se desse modo, que o legislador conferiu responsabilidade legal no âmbito fiscalizador e agente das crianças e adolescentes para a sociedade, sendo não só dever esse da família e do Estado. Assim, a aquela cabe o dever legal de assegurar que a juventude tenha sua absoluta prioridade na proteção de direitos fundamentais, visto que temos uma doutrina garantista, no qual é dever da família, do Ministério Público, Legislativo, Judiciário, Executivo, sociedade civil, conselho tutelar etc., atuarem de forma concorrente para consecução dessa proteção especial trazida pelo ordenamento jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Paulo Lúcio Nogueira leciona:

> São direitos fundamentais da criança e do adolescente os mesmos direitos de qualquer pessoa humana, tais como o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, garantidos pela Constituição Federal e repetidos pelo Estatuto.
>
> Tais direitos devem ser assegurados com absoluta prioridade, justamente em se tratando da criança e do adolescente, pela família, pela comunidade, pela sociedade e pelo Poder Público, devendo todos contribuir com sua parcela para o desenvolvimento e proteção integral do menor.[8]

Por sua vez, Paulo Afonso Garrido de Paula, indica que "A questão como cediço, envolve todos os obrigados, família, sociedade e Estado, que de forma espontânea devem respeitar os direitos de crianças e adolescentes, ainda que motivados pelos rigores da lei"[9]. Sendo assim, entende-se que do ponto de vista formal a legislação pátria vigente é progressiva e sem dúvidas altamente garantista de direitos, o grande desafio é torná-la real e efetiva a sua aplicação, e fazer com que a sociedade civil, conselhos tutelares e os poderes públicos adotem a chamada descentralização político-administrativa, pois o dever de proteção dos direitos da juventude ultrapassa o círculo familiar, como já afirmado anteriormente.

Norberto Bobbio[10] manifesta em sua obra que "Sabemos hoje que também os direitos ditos humanos são produto não da natureza, mas da

civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação".

Sendo assim, o Estatuto atua como um escudo na tutela dos interesses da criança e do adolescente, reconhecendo a vulnerabilidade destes perante os interesses do mundo adulto e baseia-se na premissa de que a criança e o adolescente são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, sob este ângulo, à luz dos valores tidos como fundamentais pela Constituição Federal, vejamos o caput do art. 6º da "Carta":

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, **a proteção à maternidade e à infância**, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Comparando o artigo supramencionado com o art. 227 da Constituição Federal que está em vigor atualmente, constatamos que a norma constitucional procurou de fato implementar essa *prioridade* no que se refere aos direitos infantojuvenis, pois não encontramos em nenhum outro artigo no texto da "Carta" que tenha essa designação, ou seja, esse *dever de assegurar* como menciona o art. 227 da "Carta Cidadã" entende-se deveria vir antes mesmo dos direitos fundamentais dos adultos essa proteção dos direitos da juventude.

Assim, em virtude da *vulnerabilidade* da criança e do adolescente frente aos adultos, pois se tratam de pessoas ainda em processo de sua formação, o próprio sistema jurídico tratou de conformar especialmente a tutela dos direitos da juventude, neste sentido, percebemos que a Constituição uniu os chamados direitos humanos de 1ª, 2ª e 3ª geração, que são os direitos civis, os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos. Diante disso, a Constituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elevou todo e qualquer cidadão, especialmente crianças e adolescentes, como pessoas que tenham o mínimo de proteção jurídica formal, e com isso surgiu essa ideia que todos são iguais, nem que seja perante a lei, pois as desigualdades sempre existiram e não é com um piscar de olhos que elas desaparecerão. Nesta esteira, compartilho da afirmação de Martha de Toledo Machado:

> Por outras palavras, em relação aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes a Constituição brasileira de 1988 abraçou explícita e cristalinamente a concepção unitária dos direitos humanos, digamos assim, reconhecendo a inafastável interdependência entre os chamados "direitos civis", ou "direitos da liberdade": na essência da problemática, apenas se alcança efetividade plena para qualquer destas "classes" de direitos quando todos estão suficientemente satisfeitos.[11]

Não obstante, a sociedade já participa de eficaz maneira como corresponsável pelos direitos da criança e adolescente escolhendo representantes dignos para ocuparem os cargos de legislador e administrador público, eis que esses que vão representar o povo de fato e implementar as chamadas *políticas públicas sociais* e com isso alcançar os anseios almejados acredito que pela maioria.

Do contrário, não teremos o direito de nos queixar que atualmente a bandidagem de jovens com menos de 18 anos aumenta a cada dia que passa, pois a oportunidade infelizmente não chegará a todos e o caminho do tráfico e das drogas bate na porta de uma grande quantidade de menores todos os dias. A família, a sociedade e o Estado como falamos antes tem que combater

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

esse câncer que assola as pequenas e grandes cidades, pois quem sabe em breve a maioria da nossa juventude ocupe os noticiários mostrando as conquistas sociais como melhoria em todos os níveis da educação e acesso a profissionalização, ao invés das páginas policiais. Seguindo essa linha de pensamento, Paulo Lúcio Nogueira leciona:

> Da mesma forma, tanto a comunidade, grupo social em sentido estrito, como a sociedade, grupos social em sentido lato, não terão direito de se queixar se também não concorrem com sua participação na solução dos problemas sociais, gerados, principalmente, por uma infância e juventude que não tiveram a devida atenção e proteção, quando necessárias.[12]

Doutrotanto, sem a promoção das políticas públicas sociais que assegurem materialmente esses direitos, como foi demonstrado anteriormente, de nada adiantaria a proteção formal na legislação, pois esta de certo dificilmente seria alcançada. A esse respeito, a Carta Magna mais uma vez, tratou de maneira democrática a participação do Estado na assistência não só da infância e juventude, mais também à velhice, à maternidade e a família, conforme o teor do art. 203 e seus incisos.

Complementando esse artigo, o art. 227 do mesmo diploma, trata de formalizar algumas das políticas públicas que devem ser implementadas para se garantir a assistência à criança e ao adolescente, as pessoas portadoras de deficiência etc. Segundo Martha de Toledo Machado, "Na base da noção de proteção integral está a ideia de efetivação dos direitos fundamentais. Logo, na criação de instrumentos jurídicos que assegurem essa efetivação. Um deles, como dito, são as políticas sociais públicas"[13].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, reafirmamos que os três pilares na proteção dos direitos da juventude devem atuar de forma conjunta, dessa forma é que reforçamos a noção de *proteção,* assim os resultados obtidos com essa cogestão certamente propiciarão resultados mais relevantes.

Assim se manifesta Andréa Rodrigues Amin:

> A responsabilidade em assegurar o respeito a esses direitos foi diluída solidariamente entre família, sociedade e Estado, em uma perfeita cogestão e corresponsabilidade.[14]

Em face dessa questão, se faz necessária a análise da convivência familiar como referência e estrutura base na formação da criança e do adolescente.

2.2 A importância da Família como a base formadora no desenvolvimento de crianças e adolescentes

A família é o centro de gravidade para a grande maioria das pessoas. É na família que encontramos nossas referências, onde desenvolvemos nosso caráter e nossa personalidade. Também, é lugar onde vemos que o bem de uma pessoa da família, por vezes se constitui no bem de todos, pois todos se amam reciprocamente, assim, a família é o local onde se tutelam do os interesses ligados à vida e à personalidade de todos.

Deste modo, não nos surpreende que a Constituição Federal de 1988 que na forma do já citado art. 227, tenha considerado como *prioridade* na vida de crianças e adolescentes a convivência familiar. Por sua vez, a "Carta Cidadã" nos recepcionou com um novo conceito do que é família, pois esta não mais só decorre do casamento, e muito menos da união duradoura entre homem e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mulher. Nesta esteira, temos a chamada família monoparental, e também a temos na forma de união estável, conforme o teor expresso no art. 226, § 3º e 4º.

Como se não bastasse, o Estatuto da Criança e do Adolescente também foi mais além no que se refere ao pátrio poder, expressão que já se encontra defasada, e hoje é conhecida pelos civilistas como *poder familiar*. O *poder familiar* na definição do Código Civil de 2002 hoje dever ser exercido, em igualdade de condições tanto pelo pai, como pela mãe, e fica assegurado a qualquer um deles o direito de, no caso haja discordância, recorrer ao juiz competente para a solução caso haja divergência entre ambos, teor encontrado no art. 1.631 e também de forma análoga encontrada no art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Agora, as lições de Silvio Rodrigues serão esclarecedoras:

> O novo Código Civil, atento à igualdade entre os conjugues, atribui o poder familiar durante o casamento (ou na constância da união estável) a ambos s pais, assumindo um com exclusividade na falta ou impedimento do outro. E nesse exercício conjunto, divergindo os pais, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (art. 1.631). Harmônica a previsão com a regra estabelecida no art. 21 da Lei n. 8.069/90 (ECA). [15]

Nestes termos, conclui-se que até mesmo no caso da dissolução do matrimônio, e até mesmo da união estável, permanecem o pai e a mãe no exercício conjunto do poder familiar, algo até comum nos dias de hoje, haja

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vista as inúmeras separações e divórcios realizados todos os anos no Brasil, mais abstraiamos, pois essa é uma questão na esfera civilista.

Destarte, cumpre registrar que essa previsão estabelecida no ECA e também no Código Civil de 2002 faz com que seja inibida a síndrome da alienação parental por parte de um dos genitores em caso de dissolução matrimonial. A alienação parental se dá quando o genitor que porventura detenha a guarda da criança ou do adolescente tenta a qualquer preço monopolizar o controle destes, ou seja, tenta fazer a "cabeça" do infantojuvenil e desse modo romper os laços afetivos com o outro cônjuge, criando fortes sentimentos de ansiedade e temor em relação ao outro genitor.

Não obstante, a Lei nº **12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estipula no seu art. 6º quais são as penalidades que poderão ser aplicada pelo juiz no caso em que fique caracterizada esta prática, e sem prejuízo destas, ainda responsabilizar civil e criminalmente o genitor responsável pela conduta de acordo com a gravidade do caso. Assim, o papel dos pais na criação de seus filhos é importantíssimo e deve ser compartilhada, pois o que se tutela aqui é o melhor interesse da criança e do adolescente, desse modo, o poder familiar constitui um direito imprescritível, inalienável, irrenunciável e constitui um *munus* público, pois tanto é um poder-dever como também um direito-função. Nessa esteira, vejamos o art. 22 do ECA:**

> Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Estatuto da Criança e do Adolescente positivou essa noção de criação no seio familiar no art. 19, onde interpretamos que essa criação deve ser prioritária na família biológica, e excepcionalmente na família substituta, e o texto fala ainda que essa criação ocorra livre de pessoas na família que sejam usuárias de drogas. Esse art. 19 no faz lembrar que o menor deve ser criado num meio ambiente que propicie a ele a melhor forma de se desenvolver, assim, o legislador tendo noção da *vulnerabilidade* e da *condição de pessoa em desenvolvimento*, em virtude disso pode ser influenciada facilmente por pessoas mais "vividas", achou por bem colocar no artigo acima referido a expressão *"em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substância entorpecentes".*

Assim, a família é como um porto seguro não só para crianças e adolescentes, mas também para todos aqueles que têm uma família. Portanto, essa conceituação de *família* na atualidade e a importância constitucional dada a ela nos fazem vê o quão essencial é o grupo familiar. Doutrotanto, temos também o caráter democrático que foi dado à família, no qual a jurisprudência já vem reconhecendo aos homossexuais o direito de adotar, e por sua vez constituir uma família como qualquer outra. Vivemos uma nova realidade social, e partindo dessa premissa, a afirmação de direitos dos vários *grupos sociais* é algo que vem acontecendo de forma progressiva e natural, o Brasil é um Estado Democrático de Direito e assim devemos respeitar a individualidade e a dignidade das pessoas, o que importa é que na família haja amor, proteção e respeito para crianças e adolescentes.

Nesse contexto, o ponto de partida para termos uma *proteção integral* dos direitos da criança e do adolescente passa pela instituição familiar, pois nenhum lugar é melhor para ser educado, amar e ser amado, ter um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crescimento sadio e cultivar o respeito pelas pessoas. A família é de onde se deve partir o respeito pelos direitos fundamentais, infelizmente ainda não são todas as famílias que compreendem essa noção de proteção, tendo um descuido na criação dos filhos, mas esperemos que o futuro trate mudar essa situação para melhor.

2.3 O Estado como agente na proteção dos direitos da infância e juventude

Como foi falado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente sustentam haver três *forças* que devem atuar harmonicamente na busca pela proteção dos direitos fundamentais da infância e juventude de nosso país, eis que são a Família, a Sociedade e o Estado. Chegamos no momento em que cabe falar qual o papel do Estado como um dos cogestores nesse dever de asseguramento, pois o ordenamento jurídico pátrio consignou que o Estado deve ter sim essa participação e interesse como agente na tutela dos direitos fundamentais, razão essa que faz romper com as ideias do passado, onde existia desigualdades não só materiais, mas pior, a desigualdade formal, onde era inconcebível que o Estado brasileiro em pleno século XX discriminasse crianças e adolescentes nos seus direitos fundamentais e inerentes a qualquer ser humano na própria legislação apenas por questão socioeconômicas, algo que interessou apenas *as elites* da época.

O contexto da promulgação da Carta Magna de 1988 foi importante para a afirmação dos *direitos fundamentais* de todos brasileiros, afinal saímos de um regime opressor e ditatorial e passamos a ser um Estado Democrático de Direito. Neste passo, a Constituição fez com que esse asseguramento com absoluta prioridade dos direitos elencados no art. 227 viesse a ser materializado através da Lei nº 8.069/90, o Estatuto da Criança e do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Adolescente, porém, antes mesmo da promulgação da Carta Magna tínhamos um importante instrumento na busca pela proteção dos direitos difusos e coletivos, que era a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Reitere-se que, à época da sua promulgação, o Brasil tinha acabado de sair do regime de governo militar e o civil Tancredo Neves havia sido eleito.

Com o advento da Constituição de 1988, sobreveio uma nova ordem constitucional que modificou essa noção de interesses difusos e coletivos. Celso Ribeiro Bastos define "Os fins subjetivos do Estado seriam o produto da inter-relação entre Estado e interesses individuais. O Estado seria então uma instituição que concentra o poder em suas mãos e é formado pela união de diversos interesses individuais" [16].

Entende-se que o interesse estatal é sucintamente falando, uma compilação dos interesses de seus membros, pois cabe a aquele instituir políticas públicas que surtam efeitos em prol do coletivo, pois aquele como uma fonte de manifestação de poder e dotado de funções próprias tem o dever de conceder e proteger direitos e deveres dos seus cidadãos, haja vista que o próprio é quem cria o papel do indivíduo dentro da sociedade, segundo a corrente surgida no século XIX chamada de *organicista*.

A base para a proteção integral está no respeito e na realização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, como já foi falado, e essa proteção integral está por sua vez correlacionada com o fundamento que rege a República Federativa do Brasil que é a *dignidade da pessoa humana*.

Dessa forma, é papel do Estado moderno garantir que os seus cidadãos tenham acesso ao básico para termos essa noção de dignidade humana, que se expressa na forma de acesso a saúde, educação, justiça, cultura, ou seja, aquele tem um papel mais voltado para o lado social com seus indivíduos do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que lado o mandamental, apesar de sermos obviamente regido por leis que definem quais são os limites do Estado para com os seus indivíduos e vice-versa. O ponto comum que achamos entre os doutrinadores é que o Estado moderno deve proporcionar o bem-estar social dos seus indivíduos.

Os direitos da criança e do adolescente partindo da premissa que é um dever do Estado, este, por meio de seus órgãos deve garantir mesmo em juízo a proteção consubstanciada pela CF/88 e do ECA, onde temos como exemplos importantes o Ministério Público, este pelo papel de ser legitimado para tutelar os interesses difusos e coletivos da sociedade, seja como *custos legis* ou como parte atuante.

Temos também, não podemos nos esquecer, a Defensoria Pública, instituição importantíssima, pois o Estado oferece orientação e defesa jurídica para as pessoas sem condições financeiras de arcar com honorários de advogados particulares, na forma do art. 5º LXXIV, além de ser uma instituição essencial à função jurisdicional; e como não poderia deixar de ser temos também a própria Advocacia, pois sem ela a justiça não seria de maneira nenhuma feita, pois o advogado(a) é indispensável à administração a justiça, conforme art. 133 da CF/88.

Nessa esteira segue as lições de Hugo Nigro Mazzilli:

> À vista dos bons frutos da Lei da Ação Civil Pública, a Constituição de 1988 não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, como ainda alargou as hipóteses de cabimento da sua tutela judicial. Desta forma, para a tutela dos interesses ligados à proteção da criança, não só o Ministério Público o único

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> legitimado ativo, nem o rol de interesses transindividuais é taxativo.[17]

Portanto, o Estado por ser uma grande fonte de poder diante dos seus cidadãos, talvez seja o que devesse maior promover meios que garantissem proteção integral dos direitos fundamentais infantojuvenis, haja vista a peculiar condição destes por se encontrarem em processo de desenvolvimento físico, psíquico, espiritual, sexual etc., daí a noção de que são vulneráveis perante o mundo adulto, o que enseja esse sistema de proteção especial conferido pelo ordenamento jurídico.

Aliás, essa é uma ideia e muito defendida pela Procuradora de Justiça do Estado de São Paulo Martha de Toledo Machado, no tocante a proteção especial conferida pelo ordenamento como forma de se tutelar precisamente os direitos inerentes ao público infantojuvenil:

> E assim o fez a Constituição de 1988, podendo-se dizer que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são especiais, no sentido de distintos do direito dos adultos, sob dois aspectos: um de natureza quantitativa – ligada à maior gama de direitos fundamentais a eles reconhecidos – e outro de natureza qualitativa – presa à estruturação especial desses direitos.[18]

É indiscutível o caráter humanístico adotado pela Constituição Federal de 1988 e pelo ECA, o Estado Democrático de Direito só existe quando respeita os direitos individuais e fundamentais dos seus indivíduos. Como afirmam Lenio Streck e José Luis Bolzan, "O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ideário liberal no que diz com o princípio da legalidade – ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a divisão de poderes ou funções e, a nota central, a garantia dos direitos individuais" [19].

Ademais, mesmo diante de tantas normas protetivas, vemos o dilema que passa a juventude brasileira, por um lado temos um salto no número de estudantes universitários e no número de pessoas que estão melhorando de vida, as políticas do governo, cabe lembrar, vem e muito contribuindo com essa quantidade de pessoas saltando de classe social e fazendo do nosso país uma das novas potências econômicas mundiais.

Do outro lado, por sua vez, temos uma grande quantidade de pessoas, sobretudo menores de idade, que já com pouca idade estão sendo chefes de tráfico ou acabando no mundo sombrio dos viciados em drogas, em álcool etc., e não encontram uma família estruturada para lhes amparar afetivamente e financeiramente, pois, por vezes, a própria família é quem despreza esses jovens.

O problema da marginalização da juventude, não dizemos sempre, mas muitas vezes têm origem em problemas familiares, nessa faixa etária é comum o jovem se revoltar por às vezes não ter a condição financeira que outro tem, ou também porque querem se firmar no grupo, daí, o jovem sem um seio familiar equilibrado e acolhedor, que lhe dê todo amparo, fica muito fácil se perder e entrar num mundo cheio do que não presta e que pode provocar danos irreversíveis ou até mesmo a morte.

Nesta esteira, o problema que era familiar passa a ser social, e assim o Estado tem de lançar mão de suas políticas públicas sociais na defesa da nossa juventude, o papel daquele é de fortalecer as instituições públicas que são as escolas, creches, os hospitais, a Justiça, o Ministério Público e a Defensoria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pública, pois o que falta não é legislação, pois temos um aparato legal semelhante à de países bem mais desenvolvidos, o que falta é que a lei seja de fato aplicada em todo o país e não apenas em alguns poucos lugares.

Destacamos mais uma vez o pensamento do filósofo político Norberto Bobbio:

> A inflexão a que me referi, e que serve como fundamento para o reconhecimento dos direitos do homem, ocorre quando esse reconhecimento se amplia da esfera das relações econômicas interpessoais para as relações de poder entre príncipe e súditos, quando nascem os chamados direitos públicos subjetivos, que caracterizam o Estado de direito. É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos.[20]

Ante todo exposto, notamos que o Estado de direito contemporâneo participa na afirmação dos direitos individuais dos seus cidadãos e usa da sua força imperativa e política na busca do bem-estar dos seus indivíduos, especialmente crianças e adolescentes que em virtude da sua condição peculiar de pessoas em formação e sua vulnerabilidade como pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decorrente dessa condição deve ter um sistema de garantias *extra* em relação aos adultos.

Por fim, é obrigação do Estado garantir que as instituições e serviços públicos de amparo a juventude estejam aptas a atendê-las em virtude do abandono dos pais ou responsáveis, assim afirma Tânia da Silva Pereira:

> Reafirma, também, conforme o princípio do melhor interesse da crianças, que é dever dos pais e responsáveis garantir às crianças proteção e cuidados especiais e na falta destes é obrigação do Estado assegurar que instituições e serviços de atendimento o façam.[21]

Conclusão

Perante tudo o que foi exposto, pode-se chegar às seguintes considerações finais sobre esse interessante tema acerca da proteção integral da criança e do adolescente através da tutela difusa e coletiva consagrada no ordenamento jurídico pátrio:

a) Crianças e adolescentes são pessoas que devem ter seus direitos protegidos e tutelados de forma que melhor atenda suas necessidades e interesses, haja vista a condição peculiar de sujeito em processo de desenvolvimento. Por isso, depende-se da conscientização da família, da sociedade e do Estado para que esses direitos sejam protegidos com absoluta prioridade.

b) A efetivação da proteção integral dos direitos infantojuvenis passa pela noção de atuação política, onde além da cogestão igualmente repartida pelos agentes acima referidos, temos que cobrar atitudes vindas do Poder Público, especialmente o Executivo, que talvez seja o principal alvo desta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cobrança, pois temos uma legislação muito bem elaborada no papel, e temos um judiciário mais atuante e preocupado com os direitos relacionados à juventude e a família. Com efeito, órgãos públicos que prestam defesa de direitos difusos e coletivos, a exemplo do Ministério Público, tem sua estrutura mais fortalecida nos dias atuais e de fato vem contribuindo na defesa dos direitos fundamentais, inclusive litigando em face do próprio Estado para fazer-se cumprir a norma Constitucional e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

c) Como é se notar, a Constituição Federal de 1988 trouxe um novo rumo na defesa dos direitos fundamentais de todos, direitos que são oriundos do *princípio da dignidade da pessoa humana*cristalizado no art. 1º, inciso III da Carta, como sendo um dos fundamentos da República do Brasil, assim, os direitos fundamentais têm valores são que supremos dentro da noção de Estado de Direito. Por sua vez, o Estatuto da Criança do Adolescente reiterou de forma *específica* o referido artigo na forma do art. 3º, pois à juventude são assegurados além dos direitos elencados na Carta, é conferido um *plus* nesse rol de direitos justamente pela questão da vulnerabilidade com que crianças e adolescentes se encontram perante aos adultos.

d) Com a entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente no dia 13 de julho de 1990 passamos a ter um sistema de proteção de direitos que rompeu com as ideias do passado e a partir de então tutela igualmente os direitos de TODAS as crianças e adolescente independentemente de qualquer critério, seja social, econômico ou regional.

e) A convivência familiar foi elevada a direito fundamental das crianças e dos adolescentes tanto pelo texto Constitucional como também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. É algo que não nos surpreende, pois é no seio da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

família que todos nós encontramos nossas referências, nossos valores, não há melhor lugar para o desenvolvimento de uma pessoa do que na família, que é a base da nossa educação, é onde aprendemos a cultivar o amor, assim, é onde a vida humana é tutelada de forma especial.

f) O poder familiar hoje é exercido por ambos os pais para a criação e educação em relação aos filhos havidos na constância do casamento ou até mesmo oriundos de união estável. Com efeito, só há exclusividade na forma de criação dos filhos quando porventura ocorra à falta do pai ou da mãe ou estejam estes impedidos, conforme estipulado no art. 1.631 do CC/2002. Houve dessa forma um rompimento com a ideia cultivada desde o império romano onde somente ao *pater* eram conferidas essas prerrogativas sobre seus herdeiros, pois era o chefe da família e nesta qualidade exercia essas prerrogativas de forma absoluta e incontestável.

g) Para haver proteção integral dos direitos fundamentais da criança e do adolescente necessário se faz a participação da sociedade, haja vista que essa deve atuar de forma fiscalizadora e também como agente na cobrança das políticas públicas sociais, e isso se faz em primeiro lugar através do voto, pois uma sociedade mais consciente do papel do voto com certeza sabe avaliar quais são os pretensos candidatos a ocupar os cargos públicos que vão trabalhar para concretização dessas políticas. A sociedade tem formas de controle social que são garantias constitucionais, preceito expresso explicitamente no parágrafo único do art. 1º da CF/88, o que falta a maioria dos cidadãos é conscientização e mobilização para que as políticas públicas sociais sejam efetivadas como manda o ordenamento jurídico pátrio. Ademais, a sociedade tem o dever de denunciar todo e qualquer tipo de violação dos direitos da criança e do adolescente como diz expressamente o art. 70 do ECA,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fazendo-se imprescindível nesse monitoramento, já que o ECA positiva no seu art. 73 que há a possibilidade de responsabilização civil da pessoa física ou jurídica pela inobservância das normas de prevenção.

Portanto, o ordenamento jurídico pátrio tratou de assegurar as crianças e aos adolescentes proteção constitucional e também proteção especial, haja vista que é protegendo os direitos fundamentais infantojuvenis que podemos ter a esperança de um país mais democrático e atento as questões sociais que tanto nos aflige. Por sua vez, a proteção integral da criança e do adolescente só pode ser de fato alcançada com a mobilização dos três atores nessa cogestão que são: família, sociedade e Estado; todos nós devemos ser responsáveis na busca pela efetivação das políticas básicas em prol da juventude, seja através do voto consciente, seja atuando de forma específicas em entidades de amparo a infância e juventude ou como operadores do Direito, seja qual for a função que o diploma de bacharel nos permita ocupar, o importante é que essa atuação atinja a finalidade que é o melhor interesse da criança e do adolescente.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues. et al. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política* – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DINIZ, Maria Helena. Curso *de direito civil brasileiro, v.5: direito de família*. – 19. Ed. Ver., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. – São Paulo: Saraiva, 2004.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. – 20. ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva. 2007.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990*. – 4. ed. rev. aum. e atual. por Paulo Lúcio Nogueira Filho. – São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar* – 2ª edição revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*. – 27. ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA, Euclydes de. *Alienação parental, perigo iminente*. Em: <http:// www.pailegal.net/guarda-compartilhada/204>. Acesso em: 27 de maio de 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010.

NOTAS:

[1] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003. p 140.

[2] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 24-25.

[3] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

[4] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003, p. 145-146.

[5] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.27.

[6] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.22.

[7] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. – 20. ed. rev., ampl e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p.46.

[8] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990* – 4. ed. rev., aum. e atual. por Paulo Lúcio Nogueira Filho – São Paulo: Saraiva, 1998, p.13.

[9] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.79.

[10] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.32.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[11] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003, p. 136.

[12] NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990* – 4. ed. rev., aum. e atual. por Paulo Lúcio Nogueira Filho – São Paulo: Saraiva, 1998, p.13.

[13] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003, p. 140.

[14] AMIN, Andréa Rodrigues. et al. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.16.

[15] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*. – 27. ed.atual. por Francisco José Cahali, com anotações do novo Código Civil (Lei n. 10.406, 10-1-2002). – São Paulo: Saraiva, 2002, p.399.

[16] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política* – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 49.

[17] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. – 20. ed. rev., ampl e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007, p.617-618.

[18] MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. – Barueri, SP: Manole, 2003. p 121.

[19] STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. 7. ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2010, p.94.

[20] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; tradução de Carlos Nelson Coutinho. – Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.61.

[21] PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente – Uma proposta interdisciplinar* – 2ª edição revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.22.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DO DESAFIO DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL PARA FOMENTAR IMPACTOS DO BEM NO MEIO AMBIENTE NATURAL E ARTIFICIAL

EDUARDO PAIXÃO CAETANO: Professor de Ciências Criminais e Delegado de Polícia Judiciária Civil. Doutorando em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental, especialista em Direito Público, pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos em Segurança Pública, especialista em Direito Penal e com certificação de MBA Executivo em Negócios Financeiros.

RESUMO: Estas linhas pretendem analisar os aspectos polêmicos da urgente e necessária consciência ambiental dos homens contra os recorrentes crimes ambientais praticados. A polêmica gira em torno do enfrentamento eficaz, dando repercussão através da educação ambiental. Inadiável que a causa ambiental seja matéria habitual, tudo em prol da responsabilidade dos homens no Brasil. Contra o lobby dos grandes grupos econômicos que estimulam o consumo inconsciente, cabe a este estudo o aprofundamento da perspectiva da educação com enfoque no meio ambiente. Será demonstrado o quão é viável e urgente a educação em todos os níveis e idades escolares, fomentando a discussão acerca da obrigatoriedade da consciência ecológica em toda a sociedade e, em especial, na exploração da atividade econômica consciente.

PALAVRAS-CHAVES: consciência, educação ambiental, qualidade, responsabilidade.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. RELEVÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL. III. SOLIDARIEDADE AMBIENTAL DE VANGUARDA. IV. PRINCÍPIO ARQUITETO DA CAUSA AMBIENTAL. V. FOCO NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA ENFRENTAR AS CRISES. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Profissionais do mundo jurídico compartilham hoje o entendimento de que a educação ambiental é também um direito constitucional brasileiro previsto no art. 225, § 1°, VI, onde nota-se que a ideia de desenvolvimento sustentável remete qualquer cidadão ao pleno exercício do direito à educação ambiental. A ideia principal é que esse direito engloba o meio ambiente em vários níveis de ensino, inclusive a educação de pessoas não escolarizadas, sempre com a finalidade de preservar e defender o meio ambiente.

Perceba que o direito à Educação Ambiental não se esgota meramente no oferecimento de informações, como ocorre com a educação tradicional proposta nas escolas, vai além, também na construção de um conhecimento duradouro e que tenha relevância prática, como forma de mudança de comportamentos e atitudes em relação aos problemas ambientais. Neste cenário é que o ensino da Educação Ambiental é muito bem vindo, posto que prepara o cidadão para agir a favor do meio ambiente equilibrado.

A educação ambiental é instrumento fundamental para a preservação do meio ambiente pelas próximas gerações. Causa espanto o adiamento da educação ambiental da atual geração, já que o tema é urgente e inadiável. A conscientização não advém de mera letra de lei e isto é o que se pretende demonstrar nestas linhas.

Causa estranheza e descrença o fato de que duas décadas após a entrada em vigor da Lei de Política Pública de Educação Ambiental do Brasil, sua aplicação não é condizente com o que se espera e não atingiu seus fins primários. Muitos educadores apontam que existe uma atuação muito tímida do Estado e uma implantação assistemática da matéria nas escolas, o que aparenta gerar efeitos aquém dos esperados e sem qualquer finalidade prática.

II. RELEVÂNCIA DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Por mais abstrato que possa parecer, é urgente uma verificação empírica da consciência ambiental e também a avaliação da implantação desta educação ambiental de qualidade. Certamente, o primeiro passo para essa quebra de paradigmas é a preparação dos educadores. Há inúmeras razões para se questionar o modelo de ensino oferecido e se de fato serve ao fim ao qual se destina. Hoje vale uma máxima inimaginável anteriormente, pois o problema grave do nosso tempo, com relação aos direitos do meio ambiente, não é mais o de fundamentá-los, e sim protegê-los e fazer com que seja um valor coletivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Reitero que a Educação Ambiental é verdadeiro instrumento de fundamental importância para a formação da consciência ambiental de todos os cidadãos. Ocorre que para o efetivo alcance dos objetivos de uma política pública comprometida com a Educação Ambiental deve haver uma implementação tanto em caráter formal quanto em caráter não-formal. Se implantada e multiplicada com qualidade, a Educação Ambiental, através de seu componente pedagógico para todas as faixas etárias da população, possibilitará o efetivo desenvolvimento de uma consciência ambiental e poderá levar a maior participação da sociedade, aqui sim o país ganharia em uma proporção macro.

O espírito final que deve ser alcançado quando a pauta é meio ambiente é chamada de solidariedade ambiental, isto sim seria o objetivo principal dessa jornada de conscientização. Há que se ressaltar que o Princípio da Consciência da Solidariedade Ambiental exige o comprometimento de todos os ramos, não só do direito, para ser alcançado. O ensino formal tem participação importante nesse processo de internalizar a solidariedade, por isso, as entidades públicas devem estimular o cidadão comum para que sejam cumpridos os ditames legais em relação à efetiva implementação desta Educação Ambiental, especialmente no que se refere ao Ensino Formal no Brasil (Lei nº 9.795 /99, arts. 9º ao 12).

A causa ambiental pro futuro é brilhante e significa minimização das despesas a médio prazo. Inúmeros são os gastos públicos em decorrência da irresponsabilidade ambiental, mas é possível reparar este gargalo com educação na medida certa.

III. **SOLIDARIEDADE AMBIENTAL DE VANGUARDA**

A causa ambiental tem arcabouço de tamanha importância que está amparado por uma gama infindável de princípios e, dentre esses, reveste-se de extrema importância o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, que objetiva assegurar a conciliação do desenvolvimento com a proteção dos recursos ambientais, tanto para a presente quanto para as futuras gerações. Princípio que dispensa maiores apresentações pois é objetivo e direto.

Nada obstante a relevância da conciliação do desenvolvimento com a proteção dos recursos ambientais, fato é que, por vezes, nos deparamos com a inexistência

da consciência e isto é inequivocamente dificultado pela ocorrência de sua extensão temporal. Vale dizer que, por vezes, infelizmente, subsistirá o risco de que os esforços efetuados não resistam à implementação de políticas de governo sem coordenação adequada, ou, quisá, de políticas públicas voltadas única e essencialmente para o desenvolvimento.

É neste contexto que nos deparamos facilmente com a solidariedade. Perceba que é para garantir a perpetuidade dessa consciência sólida, que deve haver solidariedade nua e crua que permita a proteção ambiental, entre todos e para todos os homens. Quando menciono todos, a intenção é lato sensu, ou seja, em uma pequena vila, no município, no estado federado, seja onde estiver o ser humano, deve haver consciência clara do que vale a pena em detrimento da causa ambiental.

É de um esplendor impar concluir que a educação ambiental, inseparável da permanente educação geral e da educação científico-ambiental, da educação técnico-ambiental, da educação econômico-ambiental, da educação político-ambiental ou educação jurídico-ambiental em particular, constitui, na verdade, o caminho fundamental, o meio único capaz de conduzir qualquer pessoa ao imprescindível grau de real sensibilidade e de responsável tomada de consciência, aliado ao firme propósito, por meio da efetiva participação, contribuição ou ação no sentido de explorar ou utilizar racionalmente a propriedade.

Por vezes reiteramos a palavra conscientização ao falar do trato ambiental de máxima efetividade, ocorre que em uma análise apurada, em verdade, a consciência parece se constituir em um estágio mais avançado da conscientização. A conscientização é a tomada de consciência da natureza das relações humanas dentro da sociedade em que se vive e a consciência é fazer que alguém seja consciente de algo.

Dada a relevância da Educação Ambiental para a cidadania, convém lembrar é um valor inegável e de relevância sem fim, por isso, podemos entender que ela é declarada constitucionalmente como um dos cinco fundamentos da República Federativa do Brasil.

IV. PRINCÍPIO ARQUITETO DA CAUSA AMBIENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o estudo das causas ambientais vamos nos deparar com a consciência da solidariedade que consiste, portanto, na *arquitetura* daquilo que se poderia denominar de Princípio da Consciência da Solidariedade Ambiental. Há que se dar o devido valor a este princípio que na prática muda quase tudo a favor do meio ambiente. Tal princípio engloba todos os demais princípios que norteiam o Direito Ambiental, a exemplo do próprio Princípio do Desenvolvimento Sustentável e do Princípio da Participação.

Partimos do pressuposto lógico que sem consciência e solidariedade tornar-se-ia muito difícil falar em participação e/ou sustentabilidade. Assim sendo, há que se lembra que para garantir sua efetividade torna-se necessária a implementação da Educação Ambiental não apenas no ambiente acadêmico enquanto Educação Ambiental no Ensino Formal, mas, é ainda importante também, nos demais ambientes, ou seja, Educação Ambiental Não-Formal.

Senão vejamos, qualquer que seja a situação, o homem constitui-se como o destinatário da Educação Ambiental. Noutro sentir, tem-se o homem como destinatário da consciência e da solidariedade ambiental, não seria a natureza por si só. Por vezes soa egoísmo pensar em si próprio na defesa de uma causa, mas aqui isso faz muito sentido. A educação direcionada para o meio ambiente sob a ótica da solidariedade visa o conforto e qualidade de vida a todos do presente, indubitavelmente.

Numa análise mais apurada, em nada adianta a mera conscientização da solidariedade. Importante, isto sim, é a consciência da solidariedade, como valor amadurecido e internalizado em uma pessoa ciente de sua responsabilidade. Temos que enquanto a conscientização constitui-se em mera consequência de um posicionamento por vezes cheio de carga ideológica, a consciência passa a fazer parte da formação sociocultural do homem.

O valor é mais intrínseco à pessoa, que passa a fazer de sua vida um semeador princípios ambientais a terceiros. Esta é duradoura. Aquela, dada sua genérica fragilidade, parece mais destinada a sobreviver em razão dos acontecimentos. A sustentabilidade estaria, portanto, intimamente correlacionada à consciência da solidariedade ambiental, já que este valor merece estar enraizado na pessoa para que tenha postura conforme em todas atividades do seu dia a dia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

V. FOCO NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA ENFRENTAR AS CRISES

Em ligeira análise dos princípios básicos da Educação Ambiental há fácil constatação de que eles se encontram-se relacionados no art. 4º da Lei nº 9.795 /99. Tem-se, assim, nos seus 8 (oito) incisos, a discriminação sobre os fundamentos da Educação Ambiental. Mas háes que se admitir que a causa é muito maior do que os 8 princípios e suas vertentes, posto que estes são os princípios expressos.

Nesse sentido, outra constatação que pode ser feita é que todos vão gravitar em torno da solidariedade, como se pretende demonstrar. Observe que o inc. V do art. 4º dispõe sobre a garantia de continuidade e permanência do processo educativo que verdadeiramente só poderá ser alcançada em sua plenitude através da formação da consciência ambiental. Reiteramos que este o único caminho para dias melhores, posto que educar é sempre melhor que reparar dano.

Este é o contexto que reitero, a compreensão lógica é que a conscientização parece constituir-se em uma das etapas da formação da consciência. No mesmo dispositivo, verificamos ainda, a relevância do enfoque participativo (inc. I). Assim sendo, após leitura sistemática dos incisos que integram o artigo acima referido, pode-se ter a participação em sua plenitude. A conclusão aqui salta aos olhos, pois de fato, ter-se-á a solidariedade.

Se partirmos da ideia inicial que os objetivos da Educação Ambiental encontram-se, por seu turno, relacionados nos 7 (sete) incisos do art. 5º da Lei nº 9.795 /99, veremos que, de fato, em inúmeros deles a importância dada tanto à formação da consciência quanto à solidariedade são diferenciados, como não podia deixar de ser. Primeiramente, se tratarmos da formação da consciência, cabe compreender mediante a leitura do inc. III do art. 5º tudo sobre ”o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social. Aqui fica a dica de uma leitura pausada e atenta, de forma que possa haver comprometimento e entendimento da causa que se propõe.

Em um segundo momento, cabe tratar da solidariedade que segue expressa no inc. VII do referido artigo onde é tratado do fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade. Não cabe qualquer contestação ou consideração contrária a respeito, ora, pois,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

meio ambiente estável e sustentabilidade são indispensáveis para o futuro dos homens. Inegável que os recursos naturais são finitos e que passou da hora de se exigir responsabilidade no trato do meio ambiente.

Não menos importante são os instrumentos da Educação Ambiental e estes podem ser encontrados no art. 8º da Lei nº 9.795 /99. A princípio, seus 4 (quatro) incisos e 3 (três) parágrafos parecem ferramentas relacionadas pelo legislador ordinário para a formação da consciência ambiental, daí a relevância de existência. Trata-se de tentativa do legislador de estimular que o indivíduo comum alcance o estágio de responsabilidade que se espera e isso pode ser utilizado tanto na Educação Ambiental em caráter formal quanto na Educação Ambiental em caráter não-formal (art. 2º), anteriormente citados.

Numa leitura apurada da lei é possível encontrar regras básicas que pretendem viabilizar a implantação de uma política pública de Educação Ambiental, isto é o que verifica no art. 7º da Lei nº 9.795 /99. O artigo é utópico e torna a palavra bastante clara, quem dera fosse tão simples pôr em prática o que consta na letra fria da lei. Mas a iniciativa é o que conta. Vejamos o expresso: "Art. 7.º A Política Nacional de Educação Ambiental envolve em sua esfera de ação, além dos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente, instituições educacionais públicas e privadas dos sistemas de ensino, os órgãos públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e organizações não-governamentais com atuação em educação ambiental."

VI. POSTURA APÁTICA DO PODER PÚBLICO NO TRATO DA EDUCAÇÃO

Não é novidade nem causará espanto a informação de que esta é mais uma missão não cumprida pelo poder público, numa razão inversa ao tamanho de sua responsabilidade. Por vezes fica a impressão de que onde tem político ou política quase tudo está fadado ao insucesso, regra que muda se houver interesse político na questão. Gestor público para liderar educação de qualidade no trato do meio ambiente só teria excelência se houvesse formação para tal e competência, não é essa a regra do jogo nem o modelo de pessoas indicadas politicamente para o cargo. O gosto, puro e simples pela causa ambiental, talvez fosse um divisor de águas importante.

As eventuais alegações de que o referido dever legal não está sendo cumprido em virtude da falta de recursos não deve prosperar. Existem regras claras no Brasil

e, por isso, não há que se postergar mais para exigir educação ambiental no ambiente escolar e profissional, de homens jovens e adultos. Falta interesse de todos agentes e do cidadão consciente de suas responsabilidades, pois a todos cabe a mudança de postura para exigir educação ambiental de excelência em todos ambientes possíveis.

CONCLUSÃO

Resta demonstrado que a educação ambiental é condição básica para o desenvolvimento de qualquer nação e que certamente não basta haver crescimento, sem a devida atenção para a responsabilidade ambiental. O tamanho de sua importância está no fato de que o próprio legislador constituinte fez inserir no texto constitucional a importância do meio ambiente sustentável para todas as gerações.

O fato é que o investimento na educação do povo é um fundamental instrumento de catálise no processo de desenvolvimento sólido, com sustentabilidade e educação ambiental. Não obstante a importância da educação, torna-se muito importante que esta também deva contemplar outras matrizes que não apenas as tradicionais. Dentre essas, pode-se destacar a educação ambiental de nosso povo, desde as crianças até os adultos e profissionais nas empresas. No que se refere especificamente à Educação Ambiental, a várias décadas, ainda que forçosamente, a humanidade passou a ter maior consciência de que não que se falar em desenvolvimento responsável sem considerar a devida e necessária atenção à proteção dos recursos ambientais.

A Educação Ambiental guarda, portanto, intrínseca correlação com a sustentabilidade do desenvolvimento. Trata-se, noutro dizer, da garantia espacial e temporal da atividade econômica, da proteção dos recursos ambientais e de uma sadia qualidade de vida, tanto para as atuais quanto para as futuras gerações.

Há, destarte, que se tratar a questão de maneira mais abrangente, considerando, inclusive, a prevenção. Face à relevância da tomada de consciência do cidadão para o problema, uma das alternativas mais consistentes constitui a efetiva implementação da Educação Ambiental.

Nesse sentido, desde 1999, o Brasil já dispõe de uma política pública, estabelecida em Lei, para disciplinar a matéria. Trata-se da Lei de Política Nacional da Educação Ambiental (Lei nº 9.795 /99); que, em bom tempo, consignou expressamente não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apenas a atenção à Educação Ambiental no Ensino Formal, mas, também, à Educação Ambiental fora do ambiente acadêmico. A urgência e relevância do assunto meio ambiente exige a implementação rápida de boas práticas de educação ambiental e que o meio ambiente seja, de fato, a agenda do dia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL, **Lei de Política Nacional da Educação Ambiental** (Lei nº 9.795 /99), Brasília, DF, Senado, 1988.

CUSTÓDIO, Helita Barreiro. **Direito à educação ambiental e à conscientização pública**. In: Revista de Direito Ambiental nº 18, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, abril-junho 2000.

GOMES, Luís Roberto. **Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente.** In: Revista de Direito Ambiental nº 16, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro-dezembro 1999.

MILLARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROPRIEDADE INDUSTRIAL: MARCAS, DIREITOS E DEVERES VINCULADOS AO REGISTRO

NARA THAÍS DOS SANTOS SILVA: Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais | 10º semestre. Auxiliar de Departamento Jurídico. Aprovada no XXVIII Exame de Ordem Unificado (2019). Monitora voluntária do Núcleo de Pratica Jurídica da Faculdade Anhanguera. Conhecimento em Propriedade Intelectual pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, bem como pelo Instituo Nacional de Propriedade Industrial e World Intellectual Property Organization. Formada em Preposta na Justiça do Trabalho pela CR BASSO.

RESUMO: O objetivo deste artigo é abordar o tema Propriedade Industrial: marcas. Neste foi mencionado os principais direitos e deveres vinculados ao registro. A priori, foi levado em consideração o conceito de marca e as legislações aplicadas ao instituto, para tornar evidente a importância do assunto. A posteriori, foram tratados os direitos e deveres do titular, certificando-se que há grandes vantagens em obter o registro. Por fim, encerrou-se com uma conclusão onde se moldou um apanhando geral do que foi tratado no presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Marcas; Propriedade Industrial; Direitos; Deveres.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Direitos vinculados ao registro. 3 Deveres vinculados ao registro. 4 Conclusão. Referências. Notas.

1 INTRODUÇÃO

Os bens abarcados pela Propriedade Industrial são objeto de tutela jurídica específica, no Brasil principalmente por meio da Lei de Propriedade Industrial (LPI) nº 9.279, de 14 de maio de 1.996, a qual regula os direitos e deveres relativos à Propriedade Industrial, sendo as propriedades: patente de invenção; patente de modelo de utilidade; desenho industrial; **marcas**; e indicações geográficas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No presente artigo, foi analisado o instituto das marcas, nesse contexto o manual de marca define: "marca é um sinal distintivo cujas funções principais são identificar a origem e distinguir produtos ou serviços de outros idênticos, semelhantes ou afins de origem diversa".

Prontamente, demonstrou-se que a relevância deste artigo consiste em que, com efeito para as organizações que resolvam adentrar ao mercado ou lançar um novo produto, uma das principais tarefas prévia é estabelecer qual será a marca utilizada, e de modo geral, é desafiador criar um sinal completamente original em relação aos diversos que já existem e que seja passível de registro e/ou viável em determinada atividade empresarial. Já aqueles que possuem suas marcas devidamente registradas, para não correr o risco de perdê-las, torna-se de suma importância, sempre, seguir os procedimentos adequados para se valerem de seus direitos.

Na Constituição Federativa da República Brasileira de 1.988, seu artigo 5º, inciso XXIX, dispõe que:

> A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, **à propriedade das marcas**, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. (grifei)

No dispositivo supracitado a Constituição Federal demonstra sua preocupação do ponto de vista empresarial com a proteção dos inventos industriais, como por exemplo, as marcas. Além disso, o tema é abordado em tratados e convenções dos quais o Brasil é signatário, também pela LPI nº 9.279, de 14 de maio de 1.996 (conforme já mencionado), especificamente no título III, e enfim por toda norma que tenha vinculação e/ou relação com o direito da Propriedade Industrial.

Portanto, no desenvolvimento do artigo seguiu como fio condutor a seguinte indagação: "**quais os direitos e deveres obtidos após ter o pedido de uma marca concedido**?". Assim, para responder a questão, foram estudados os principais pontos

da legislação vigente aplicada ao aludido assunto, visando compreender os direitos e deveres que o titular da marca detém.

2 DIREITOS VINCULADOS AO REGISTRO

Com base no artigo 129, da LPI nº 9.279, em geral a propriedade da marca, adquire-se por meio do registro validamente expedido, sendo assegurado ao titular a exclusividade do uso do sinal registrado em todo o território nacional. Além disso, é assegurado ao titular da marca o direito de ceder o seu registro ou pedido, bem como licenciar o seu uso e, ainda, querendo, poderá zelar pela sua integridade material ou reputação, evitando que a sua marca seja prejudicada no mercado, é o que preconiza o artigo 130, da referida LPI.

> Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de:
>
> I - ceder seu registro ou pedido de registro;
>
> II - licenciar seu uso;
>
> III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Desse modo, aos titulares de marcas no Brasil são garantidos os direitos consolidados desde a concessão do registro, e que podem ser exercidos plenamente, sendo eles: (I) uso exclusivo da marca em todo território nacional; (II) direito de ceder o registro ou o pedido de registro da marca; (III) direito de licenciar o uso da marca; e (IV) direito de zelar pela integridade moral e reputação da marca.

Os contratos que objetivam a cessão de marca registrada ou do pedido de registro depositado perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), implicam na **transferência de titularidade**, devendo ser respeitado o disposto nos artigos 134 a 138, da LPI nº 9.279/96[1]. Já os contratos de licença de uso da marca se destinam a **autorizar o uso efetivo**, por terceiros, de marca regularmente depositada ou registrada no INPI, devendo ser observado o disposto nos artigos 139, 140 e 141, da LPI nº 9.279/96[2].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, quanto ao direito de zelar pela integridade moral e reputação da marca, isto significa que, o titular, de acordo como o que é legalmente previsto, poderá tomar todas as medidas viáveis, com a finalidade de combater a violação do direito as suas marcas, como por exemplo, enviar notificações extrajudiciais, questionando e/ou requerendo eventuais providências, podendo inclusive, se for o caso, ajuizar ações judiciais.

3 DEVERES VINCULADOS AO REGISTRO

No tocante aos deveres, cabe ao titular da marca: (I) prorrogar o registro a cada 10 (dez) anos, sob pena de extinção do processo de marca, nos termos do artigo 133, da LPI nº 9.279/96. Assim, nota-se que mesmo após a concessão, é extremamente relevante que seu titular acompanhe o processo de forma regular, com a finalidade de cumprir eventuais prazos; (II) usar a marca registrada para assinalar os produtos ou serviços para os quais a mesma foi concedida em até (5) cinco anos após a data de sua concessão, sob risco de ter decretada a caducidade do registro; e (III) em caso de titular domiciliado no exterior, deve constituir e manter procurador devidamente qualificado, bem como domiciliado no Brasil, com poderes para representá-lo administrativamente e judicialmente, inclusive para receber citações, conforme estabelecido no artigo 217, da LPI nº 9.279/96, também sob pena de extinção do registro.

Cada ponto mencionado acima é de suma importância, pois como visto há consequências relevantes (extinção do processo de registro), caso um dos deveres não venham ser observados.

Reforçando os deveres, no que diz respeito à prorrogação do registro, resumidamente o pedido de renovação deve ser formulado durante o último ano de vigência do registro, conforme disposto no artigo 133, § 1º, da LPI[3]. Realizada a renovação o registro da marca vigorará por mais 10 (dez) anos e assim sucessivamente, mas caso não ocorra à prorrogação, o registro se extinguirá pela expiração do prazo de vigência, com base no artigo 142, inciso I, da LPI nº 9.279/96.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Referente à caducidade, cumpre informar que além de prorrogar o registro, o titular tem o dever de efetivamente usar a marca, tal como concedida ou sem alteração de seu caráter distintivo original, para assinalar seus produtos ou serviços ou então deverá justificar o desuso por razões legítimas, sob pena de ter seu registro extinto, conforme o disposto no artigo 142, inciso III, da LPI nº 9.279/96. O processo de caducidade possibilita a extinção de marcas que não estejam em uso ou que estejam sendo usadas de forma diferente do que foi concedido.

Salienta-se que o registro também poderá ser extinto se o titular do direito, sendo pessoa não domiciliada no país, não constituir ou manter procurador no Brasil, para representá-lo judicialmente e administrativamente. No mais, o pedido, ainda, pode ser extinto, pela renúncia do titular ou depositante, que poderá ser total ou parcial em relação aos produtos ou serviços assinalados pela marca.

Em suma, enfatiza-se a importância de serem observados todos os dispositivos legais, no que tange aos direitos, bem como aos deveres, uma vez que, a inobservância pode acarretar graves consequências, como a perda do direito sobre o bem (marca).

4 CONCLUSÃO

No presente artigo foram abordados temas fundamentais referentes às marcas. De início, a marca foi definida como um sinal visualmente perceptível, cujas principais funções são de identificar a origem de produtos ou serviços. E, além disso, foram analisados partes dos textos legislativos que regem o assunto, como a Constituição Federal e a Lei da Propriedade Industrial.

Após, foram estudados os direitos do titular da marca, destacando o: (I) direito de ceder o registro ou o pedido de registro; (II) direito de licenciar o uso; e (III) direito de zelar pela integridade moral e reputação da marca.

No mais, no que tange aos deveres, estacou-se que cabe ao titular da marca: (I) prorrogar o registro a cada 10 (dez) anos, sob pena de extinção do processo de marca; (II) usar a marca registrada para assinalar os produtos ou serviços para os quais a mesma foi concedida em até (5) cinco anos após a data de sua concessão, sob risco de ter decretada a caducidade do registro; e (III) em caso de titular domiciliado no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exterior, deverá este constituir e manter procurador devidamente qualificado, bem como domiciliado no Brasil.

Por fim, enfatizou-se a importância de serem observados todos os dispositivos legais, referentes aos direitos, bem como aos deveres do titular, uma vez que os direitos podem trazer diversos benefícios ao negócio, já a inobservância dos deveres pode acarretar graves consequências.

REFERÊNCIAS

Manual de Marcas: **Diretoria de Marcas, Desenhos Industriais e Indicações Geográficas** – INPI, 2ª Edição; 1ª revisão (11/07/2017);

Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996; **Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.**

NOTAS

[1] Art. 134. O pedido de registro e o registro poderão ser cedidos, desde que o cessionário atenda aos requisitos legais para requerer tal registro.

Art. 135. A cessão deverá compreender todos os registros ou pedidos, em nome do cedente, de marcas iguais ou semelhantes, relativas a produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, sob pena de cancelamento dos registros ou arquivamento dos pedidos não cedidos.

Art. 136. O INPI fará as seguintes anotações:

I - da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário;

II - de qualquer limitação ou ônus que recaia sobre o pedido ou registro; e

III - das alterações de nome, sede ou endereço do depositante ou titular.

Art. 137. As anotações produzirão efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

Art. 138. Cabe recurso da decisão que:

I - indeferir anotação de cessão;

II - cancelar o registro ou arquivar o pedido, nos termos do art. 135.

[2] Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.

Parágrafo único. O licenciado poderá ser investido pelo titular de todos os poderes para agir em defesa da marca, sem prejuízo dos seus próprios direitos.

Art. 140. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

§ 1º A averbação produzirá efeitos em relação a terceiros a partir da data de sua publicação.

§ 2º Para efeito de validade de prova de uso, o contrato de licença não precisará estar averbado no INPI.

Art. 141. Da decisão que indeferir a averbação do contrato de licença cabe recurso.

[3] Art. 133. O registro da marca vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados da data da concessão do registro, prorrogável por períodos iguais e sucessivos.

§ 1º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O 'DEEP FAKE' E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA - UTILIZAÇÃO DE INSTRUMENTOS LEGAIS PARA A PROTEÇÃO À IMAGEM

PAULO ALEXANDRE RODRIGUES DE SIQUEIRA: Promotor de Justiça - Assessor Especial Jurídico do Procurador-Geral de Justiça do Tocantins cumulativamente como Membro do Grupo de Atuação Especial em Combate ao Crime Organizado (Gaeco) -Ex-Membro do Grupo Especial do Controle Externo da Atividade Policial - GECEP - MPTO2.

Resumo: Este artigo tem por objetivo tecer considerações acerca do significado de 'Deep Fake', consequentemente os limites da liberdade de expressão e à aplicabilidade da legislação brasileira, em especial, a Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). A metodologia adotada na investigação torna possível classificar a presente pesquisa, quanto aos meios, como sendo bibliográfica e quanto aos seus fins, trata-se de uma pesquisa exploratória.

Palavras-chave: Deep Fake. Legislação Brasileira . Marco Civil da Internet. Tutela à Imagem.

Abstract: The purpose of this article is to consider the meaning of 'Deep Fake', consequently the limits of freedom of expression and the applicability of Brazilian legislation, and especially Federal Law no. 12.965 / 2014 (Civil Internet Framework). The methodology adopted in the research makes it possible to classify the present research, as to the means, as being bibliographic and for its purposes, it is an exploratory research.

2 Ex- Coordenador Interino do Centro de Apoio Operacional do Consumidor - Ex- Membro do Grupo Nacional dos Direitos Humanos - órgão auxiliar do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Justiça (CNPG). Recentemente eleito e indicado na lista triplíce do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) para a vaga de Conselheiro do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e membro do Grupo Nacional de Acompanhamento Legislativo e Processual(GNLP) e Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas (GNCOC); Graduado pela Faculdade de Direito da UFG- Turma 2000.Pós-graduado em Direito Penal e em Direito Público pela Fesurv/GO. Pós-Graduando em Direito Constitucional UFT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Key-Words: Deep Fake Brazilian legislation. Civil Framework of the Internet. Image Tutelage.

Sumário: 1-Introdução; 2-Desenvolvimento; 2.1 -Deep Fake; 3 -Legislação Pertinente; 3.1 Convenção de Budapeste; 3.2 – Lei Federal n.º 12.735/2012 (Lei Azeredo); 3.3 – Lei Federal n.º 12.737/2012 – Lei Carolina Dieckmann; 3.4 – Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); 3.5 – Leis Federais n.º 13.709/2018 e 13.718/2018; 4 – Tutela do Direito à Imagem; 5 – Conclusão; 6-Referências.

1.INTRODUÇÃO

O 'Deep Fake' expressão em inglês que significa uma ferramenta virtual de edição de vídeos e vozes criadas por aplicativos. As Startups, como são chamadas as empresas do ramo de tecnologia, utilizam-se de ferramentas da Inteligência Artificial em seus 'apps' para trocar o rosto de pessoas em vídeos, com direito à sincronização de movimentos sonoros e labiais, expressões e tudo o mais, em alguns casos com resultados impressionantes e bem convincentes.

A partir do desenvolvimento desta tecnologia, naturalmente, passou-se a utilizar essa inovação tecnológica para a prática de fatos moralmente reprováveis, tais como pornografia, falsidades ideológicas e principalmente ofensa ao direito à imagem.

O 'Deep Fake' é uma recente inovação tecnológica, razão pela qual, não existe legislação específica para tutelá-lo. Não obstante, há alguns anos, já existe uma legislação que combate os crimes praticados na rede mundial de computadores.

Podemos exemplificar:

a) A Convenção de Budapeste;

b) Lei Federal n.º 12.735/2012 (Lei Azeredo);

c) Lei Federal n.º 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

d) Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet);

e) Lei Federal n.º 13.718/2018 oriunda do Projeto de Lei n.º 5.555/2013;

f) Lei Federal n.º 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais que regulamenta os direitos dos titulares dos dados pessoais, as obrigações dos agentes de tratamento de dados, responsabilidade civil destes por violação das regras sobre proteção de dados pessoais, bem como outras sanções administrativas que podem ser aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais. Esta última lei foi alterada parcialmente pela Lei Federal n.º 13.853/2019.

Todas essas normativas estão implicitamente conectadas ao direito de imagem, cuja previsão legal está no artigo 5º, X e XXVIII CF 88 e nos artigos 11 e ss c/c artigo 186 do Código Civil Brasileiro.

2. DESENVOLVIMENTO

Nas linhas abaixo, desenvolver-se-á o conceito de 'Deep Fake' e bem como a legislação pertinente e os impactos criminais e civis, em especial, acerca da proteção ao direito à imagem.

2.1- "DEEP FAKE'

O avanço da tecnologia e a inteligência artificial não estão apenas criando fotos, vozes e vídeos falsos. Mas estão revolucionado o que se chamava de realidade virtual. A perfeição das reproduções, em tempos de era digital, trazem uma falsa percepção do que é realmente verdadeiro ou falso. A diferença quase imperceptível do que venha ser realidade e/o ficção.

Deepfakes são, essencialmente, identidades falsas criadas com o deep learning (aprendizagem profunda por meio de uso maciço de dados), aplica-se uma técnica de síntese de imagem humana baseada na inteligência artificial. É usada para combinar e sobrepor imagens e vídeos preexistentes e transformá-los em imagens ou vídeos "originais", utilizando a tecnologia de GAN (Generative Adversarial Network, ou rede geradora antagônica).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há não muitos anos atrás, ao assistirmos seriados na TV ou no cinema como ‘Guerra nas Estrelas” e outros do gênero, achávamos que as projeções holográficas eram algo inimaginável, pertencendo a outra galáxia. Hoje esta realidade existe, todos os dias a vivenciamos nos nossos tablets, smartphones e computadores pessoais.

A tecnologia invadiu nossos lares e trabalhos. O Deep Fake pode afetar a qualquer um de nós,pessoas públicas ou as mais reservadas. O mundo digital evoluiu tanto que só se faz necessário alguns minutos até que se simule fatos, vozes e imagens, colocando pessoas em situação de constrangimento virtual. A ferramenta pode ser utilizada para se criar álibis, depoimentos, convencimento político e/ou pessoal. Tudo é possível a depender da criatividade do editor e de quantos vídeos existem na internet a fim de serem modificados.

Um exemplo clássico de que a “Deep Fake” está em nossas vidas é quando assistimos um magazine eletrônico dominical exibido por uma grande emissora de TV aberta, no qual em um de seus quadros, se simulam vozes e imagens a título de humorizar momentos marcantes do jornalismo semanal. Neste programa, utilizam-se personagens que fizeram ‘fatos e versões’ ao longo da semana. Esta ferramenta tecnológica nada mais do que a expressão prática do que venha ser esta nova inovação digital.

É evidente que tamanha inovação causaria o descontentamento de certos setores da sociedade, tais como a indústria do entretenimento, fonográfica, editorial e a tutela dos direitos autorais e principalmente a tutela dos direitos da imagem.

Neste contexto, passaremos a discorrer acerca destes temas.

3- LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Antes da particularização acerca dos principais pontos trazidos pelo Marco Civil da Internet se faz necessária, traçar um breve histórico da legislação que antecipou e sucedeu o marco regulatório da internet no Brasil no concerne a regulamentação do ‘deep fake’.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.1 – CONVENÇÃO DE BUDAPESTE

A Convenção sobre o Cibercrime[1], também conhecida como Convenção de Budapeste, é um tratado internacional de direito penal e direito processual penal firmado no âmbito do Conselho da Europa para definir de forma harmônica os crimes praticados por meio da Internet e as formas de persecução. Basicamente, discutiu-se violações de direito autoral, fraudes relacionados a computador, pornografia infantil e violações de segurança de redes. A convenção e sua minuta relatório explicativos foram adotados pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa na 109ª Sessão de 08 de novembro de 2001[2].

Entrou em vigor em 01 de julho de 2004. Até de 2 de setembro de 2006, 15 Estados haviamassinado, ratificado ou aderido à Convenção, enquanto mais 28 Estados a assinaram, mas não a ratificaram.

Atualmente, integram a Convenção de Budapeste, além dos países da União Europeia, outros que estão fora do bloco, como Estados Unidos, Canadá, Austrália e Japão. Alguns países latinoamericanos aderiram recentemente, como Argentina, Paraguai, Chile, Costa Rica e República Dominicana. A Colômbia está em processo de adesão. Entre os latinos, Chile, Argentina, Panamá e Costa Rica estão dentro. Colômbia e México estão fora como o Brasil.

Vale lembrar que o Brasil não é signatário da Convenção de Budapeste pela tradição diplomática de não aderir a acordos sobre os quais não foi sequer convidado a discutir os termos. Elaborado pelo Conselho da Europa, tem forte foco em direito autoral e originalmente reuniu a União Europeia e outros países ricos como EUA, Canadá, Japão e Austrália, mas também a África do Sul.

Insta observar que até o junho de 2019, O Brasil ainda não é signatário da Convenção de Budapeste, mas o Ministério Público Federal apoia a adesão do país, ainda em 2018[3], enviou ao Ministério das Relações Exteriores ofício no qual defende a adesão do Brasil à Convenção. O assunto também foi tratado em reuniões no Departamento de Assuntos de Defesa e Segurança do MRE", revela o MPF, em nota.

Há de se enfatizar que a ausência de legislação eficiente sobre crimes cibernéticos, implica na cooperação internacional pouco eficiente, falta de estrutura pericial das polícias em todos os estados e de capacitação insuficiente dos órgãos de persecução penal (Ministério Público e Polícia).

3.2– LEI FEDERAL N.º 12.735/2012 (LEI AZEREDO)

Trata-se do projeto de Lei nº 84/1999, no qual houve a propositura de criminalização da conduta dedestruição de dados eletrônicos de terceiros, o acesso e obtenção de informações em sistemas restritos sem autorização e a transferência não autorizada de dados ou informações particulares se tornariam crime, passíveis de prisão e multa.

A Lei foi aprovada em 2012 trouxe como inovação prática no que concerne ao preparo das Polícias Judiciárias para o combate dos crimes digitais (estímulo da criação de delegacias de crimes digitais). Esta lei por vezes, é rediscutida no Congresso Nacional, pois em sua propositura inicial previa várias condutas incriminadoras a fim de tipificar crimes digitais, que foram decotadas do texto e hoje carecem de regulamentação legal.

3.3- LEI FEDERAL N.º 12.737/2012 – LEI CAROLINA DIECKMANN

A nova lei ganhou notoriedade porque, antes mesmo de publicada e sancionada, já havia recebido o nome de “Lei Carolina Dieckmann”. Tal apelido se deu em razão da repercussão do caso no qual a atriz teve seu computador invadido e seus arquivos pessoais subtraídos, inclusive com a publicação de fotos íntimas que rapidamente se espalharam pela internet através das redes sociais.

A atriz vitimada então abraçou a causa e acabou cedendo seu nome que agora está vinculado à nova lei.

Referida lei, pela primeira vez no direito brasileiro, dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, permitindo a responsabilização penal dos infratores, vez que até então o Código Penal não possuía artigos que tratassem especificamente de crimes eletrônicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A principal inovação é que foram acrescentados ao Código Penal, por meio da lei em questão, os artigos 154-A e 154-B, e foram alterados os artigos 266 e 298.

O artigo 154-A tipifica o crime de invasão de dispositivo informático, seja este conectado ou não à rede de computadores, através de violação de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização do titular do dispositivo.

A pena prevista para a conduta trazida no caput, bem como para quem comercializa dispositivo ou programa cuja finalidade seja permitir a prática de referida conduta, é de 3 meses a 1 ano de detenção e multa. Ademais, se da invasão resultar prejuízo econômico a pena pode ser aumentada de 1/6 a 1/3.

No caso de invasão para obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais ou informações sigilosas a pena é mais grave: de seis meses a dois anos de reclusão, além de multa, isso caso a conduta não constitua crime mais grave.

A lei prevê também outras causas específicas de aumento de pena, como, por exemplo, se o crime for praticado com presidente da República, governadores, prefeitos, entre outros previstos no rol taxativo do parágrafo 5º.

O artigo 154-B estabelece que a Ação Penal para as condutas trazidas pelo artigo anterior somente se procede mediante representação do ofendido, qual seja, daquele que teve seu dispositivo violado, salvo se o crime for cometido contra a administração direta ou indireta de qualquer dos poderes da União, estados, Distrito Federal ou municípios ou ainda contra empresas concessionárias de serviços públicos. Nesses casos específicos a Ação Penal será pública incondicionada.

Ao artigo 266 do Código Penal foram acrescentados dois parágrafos, o primeiro para acrescentar ao tipo penal já existente a interrupção de serviço telemático ou informação de utilidade pública e o segundo prevendo a aplicação de pena em dobro se o crime for cometido por ocasião de calamidade pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A última alteração trazida pela lei que passa a vigorar é a inserção do parágrafo único no artigo 298 do Código Penal, que equipara a documento particular o cartão de crédito ou débito para fins de tipificação do crime de falsificação de documento particular. Como se denota a regulamentação legal ficou bem inferior com a velocidade das inovações tecnológicas.

3.4- LEI FEDERAL N.º 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET)

O Marco Civil da Internet, oficialmente chamado de Lei n° 12.965/2014, é a lei que regula o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado.

O projeto surgiu em 2009 e foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 e no Senado Federal em 23 de abril de 2014, sendo sancionado logo depois pela então presidenta do país.

A Lei 12.965/14[4] conta com trinta e dois artigos, divididos em cinco capítulos: Disposições preliminares; Dos direitos e garantias dos usuários; Da provisão de conexão e aplicações da Internet; Da atuação do poder público; e Disposições Finais.

Destacaremos os principais pontos concernentes a este artigo, in verbis:

> *'CAPÍTULO I*
>
> DISPOSIÇÕES *PRELIMINARES*
>
> *Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.*
>
> *Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:*
>
> *I – o reconhecimento da escala mundial da rede;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II – os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais;

III – a pluralidade e a diversidade;

IV – a abertura e a colaboração;

V – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VI – a finalidade social da rede.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II – proteção da privacidade;

(...)

VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei;

(...)

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS USUÁRIOS

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

(...)

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no ***caput,*** *tais como aquelas que:*

I – impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou

II – em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

(...)

Seção III

Da Responsabilidade por Danos Decorrentes de Conteúdo Gerado por Terceiros

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

*§ 1º A ordem judicial de que trata o **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.*

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

*Parágrafo único. A notificação prevista no **caput** deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.*

(...)

Art. 30. A defesa dos interesses e dos direitos estabelecidos nesta Lei poderá ser exercida em juízo, individual ou coletivamente, na forma da lei.

Art. 31. Até a entrada em vigor da lei específica prevista no § 2º do art. 19, a responsabilidade do provedor de aplicações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, quando se tratar de infração a direitos de autor ou a direitos conexos, continuará a ser disciplinada pela legislação autoral vigente aplicável na data da entrada em vigor desta Lei.

Art. 32. Esta Lei entra em vigor após decorridos 60 (sessenta) dias de sua publicação oficial.

Brasília, 23 de abril de 2014; 193º da Independência e 126º da República'.

Destarte observar que até a edição do Marco Civil da Internet, já existiam no Brasil, garantias e limitações sobre o tema previstos na Constituição Federal, no Código Civil Brasileiro, no Código de Defesa do Consumidor e no Decreto nº 7.962/13, que normatiza as contratações no comércio eletrônico, dispondo sobre garantias do consumidor, contratos relativos a negociações via internet e outros assuntos, porém a Lei n.º 12.965/14 veio suprimir uma lacuna existente, na ordem jurídica nacional, regulamentando o uso de uma poderosa ferramenta de interação e comunicação, fomentando a criaçãode novas tecnologias e protegendo o usuário e o provedor através de fundamentos norteadores, princípios gerais e objetivos.

Esta lei trouxe um rol extenso de direitos e garantias dos usuários, além de definições próprias dosSistemas de Informações.

Vê-se que acima destacamos ao longo do texto legal, diversos trechos que remetem à proteção do direito a imagem e a personalidade, inclusive assinalando que os Juizados Especiais seriam a via competente para o julgamento das causas postas em discussão. Mas infelizmente, surge um problema que não foi previsto expressamente pela Lei, ou seja, o "Deep Fake". Na época da edição da Lei, em 2014, sequer, esta ferramenta de inteligência artificial, havia sido concebida. Dai o intuito deste artigo, em questionar a tutela do direito à imagem judicialmente.

A omissão legislativa foi parcialmente suprimida a partir da edição das Leis Federais n.º 13.709 e 13.718, respectivamente de 2018, abaixo pormenorizadas.

3.5 - LEIS FEDERAIS N.º 13.709/2018 E 13.718/2018

Com a necessidade de se inserir na globalização e os avanços tecnológicos, em 14 de agosto de 2018 o Brasil promulgou a lei federal nº 13.709, que dispõe sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, pelas empresas públicas ou privadas, entes públicos e pessoas físicas.

O destaque desta lei é a criação dos chamados dados pessoais sensíveis, merecedores de uma maior proteção por aqueles que o colhe, armazena, trata e exclui, consistentes na convicção religiosa, política, filosófica, opção sexual, origem racial, étnica, dados relativos a saúde, a vida, dado genético ou biomédico, bem como, a filiação a sindicatos. Os dados podem ser tanto as informações que geram a identificação do indivíduo, quanto aqueles que, se cruzados com outros dados, possam lhe tornar identificável. Ainda que os dados sejam de um titular anônimo será considerado dado para os fins desta lei.

A nova lei exige proteção a estes dados, bem como, o consentimento do titular, a informação quanto a finalidade da exigência de tais dados, entre diversas outras coisas, sob pena de responsabilização civil, criminal e administrativa que pode chegar até 2% (dois) por cento do faturamento, limitada a R$ 50.000,000,00 (cinquenta milhões de reais), por infração.

A lei federal n.ª 13.718/2018 promulgada dia 25 de setembro de 2018 introduziu diversas modificações na seara dos crimes contra a dignidade sexual. Sua ementa "Tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro; altera para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual; estabelece causas de aumento de pena para esses crimes; cria causa de aumento de pena referente ao estupro coletivo e corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)."

Em resumo, inseriu-se no Código Penal: a) o art. 215-A, que tipifica a importunação sexual; b) o art. 218-C, que trata da divulgação de cena de estupro e de estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia sem autorização dos envolvidos; c) o §5º no art. 217-A para tornar expresso na lei o fato de que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consentimento e a experiência sexual do vulnerável são irrelevantes para a caracterização do crime; d) o inciso IV no art. 226 para aumentar de um a dois terços a pena das formas de estupro coletiva e corretiva.

Além disso, foram modificadas as redações dos artigos 225 e 234-A. No art. 225, a nova regra atinge a natureza da ação penal, que nos crimes contra a dignidade sexual passa a ser pública incondicionada. E, no art. 234-A, causas de aumento de pena foram reajustadas e ampliadas.

Destaca-se que parte da doutrina, especialmente, os garantistas afirmam que tais inovações legislativas não poderiam ser aplicadas, eis que não há previsão expressa sobre o tipo penal 'Deep Fake', o que poderia causar analogia im mala parte, que é vedada pelo direito penal.

4 - TUTELA DO DIREITO À IMAGEM

A Internet permite que pessoas de lugares diferentes e com graus diversos de educação possam ter acesso ao mesmo conteúdo, bem como propicia o incremento de mecanismos que facilitam a participação popular na própria elaboração dos conteúdos divulgados, ampliando o rol de atores envolvidos na construção da rede. Entretanto, ainda que a Internet seja o espaço por excelência da liberdade, nem toda informação será digna de proteção jurídica, podendo circular de forma ampla e livre; por vezes, será necessário avaliar, entre outros fatores, o interesse público e a utilidade socialmente apreciável de sua divulgação.

Dai está a dificuldade em se saber até onde chegam os limites para a liberdade de expressão em uma "Deep Fake" e a ofensa ao direito da personalidade.

Para se ter uma idéia, recentemente a rede social Facebook que comanda o Instagram decidiu manter um vídeo deepfake de Marck Zuckerberg[5], um dos fundadores da rede Facebook, no qual confessa manipular os dados dos usuários da rede social em benefício próprio. O vídeo viralizou e se houvesse a retirada por parte da empresa norte americana, serviria de parâmetro a fim da exclusão de outros deepfakes que circulam livremente pelo instagram e outras redes sociais do mesmo grupo econômico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas nem tudo é possível e permitido no mundo digital. Utiliza-me como parâmetros para analisar no caso concreto se houve uma utilização indevida e/ou abusiva de determinada imagem, capaz de gerar danos a seu titular, bem como para orientar o intérprete nas hipóteses de colisão entre o direito à imagem e o direito à liberdade de expressão. Em síntese, o afamados autores civilistas recomendem que o julgador interprete - verifique: a) a veracidade do fato exposto; b) a forma e a linguagem como o fato foi noticiado; c) se houve justo motivo para a exposição da imagem; d) se a exposição foi proporcional à expectativa de privacidade do retratado, ou seja, se a exposição se deu de acordo com o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação de sua imagem no contexto de que foi extraída; e) se o local onde ocorreu o fato era público; f) se a pessoa retratada era notória ou pública; g) se havia interesse público na divulgação da informação; h) o grau de preservação do contexto originário no qual a imagem foi colhida; i) o grau de identificação do retratado na imagem ou no material escrito; j) se houve a intenção de ofender ou abuso do direito de informar; e k) as características de sua utilização, se comercial, jornalística ou biográfica.

A partir deste parâmetros se faz possível distinguir o que vem senha ser liberdade de expressão e informação e violação a direito da personalidade. Vê-se que ainda é muito subjetivo e pode levar a diferentes julgamentos pelo país. Mas o Eg. Superior Tribunal de Justiça, felizmente editou uma súmula 403, in verbis:

‘Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais’.

5 - CONCLUSÃO

Diante do exposto, vê-se que a Legislação Brasileira não criminaliza especificamente o “Deep Fake’. Mas os interpretes tem buscado amparo em tipos penais abertos descritos na Lei Federal n.º 12.735/2012 (Lei Azeredo), Lei Federal n.º 12.737/2012 popularmente conhecida como Lei Carolina Dickmann, Lei Federal n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet); Lei Federal n.º 13.718/2018 oriunda do Projeto de Lei n.º 5.555/2013, Lei Federal n.º 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, Lei Federal n.º 13.853/2019. Além dos tipos penais descritos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na Lei de Crimes Financeiro (Lei Federal n.º 7.492/86), Lei de Falências (Lei Federal n.º 11.101/2005), Código Eleitoral (Lei Federal n.º 4737/65) e principalmente nos crimes contra a honra (artigos 138/145 do Código Penal) e dignidade sexual (artigos 213/235 'c' do Código Penal).

Por outro lado, a amplitude de que se utilizou o legislador no art. 5º, inc. X da CF/1988 deixou claro que a expressão "moral", que qualifica o substantivo dano, não se restringe àquilo que é digno ou virtuoso de acordo com as regras da consciência social.

É possível a concretização do dano moral independente da conotação média de moral, posto que a honra subjetiva tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuam valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimentos alheios. A alma de cada um tem suas fragilidades próprias. Por isso, a sábia doutrina concebeu uma divisão no conceito de honrabilidade: honra objetiva, a opinião social, moral, profissional, religiosa que os outros têm sobre a aquele indivíduo, e, honra subjetiva, a opinião que o indivíduo tem de si próprio.

Uma vez vulnerado, por ato ilícito alheio, o limite valoração que exigimos de nos mesmos, surge o dever de compensar o sofrimento psíquico que o fato nos causar. É a norma jurídica incidindo sobre o acontecimento íntimo que se concretiza no mais recôntido da alma humana, mas que o direito moderno sente orgulho de abarcar, pois somente uma compreensão madura pode ter direito reparável, com tamanha abstratividade.

Estes conceitos não se confundem com privacidade ou intimidade, pois o primeiro envolve publicação de acontecimentos da vida particular e o segundo o direito de não tornar público, por mais conhecido que seja o indivíduo, fatos inerentes à sua personalidade. Porém a honra pode ser vulnerada independente da violação destes dois direitos, pois não é só o conteúdo do mundo exterior que o direito protege. A norma jurídica protetora da honra alcança as dores internas.

Neste contexto desenvolvido, vê-se que todo aquele que vê a sua imagem violada na rede mundial de computadores baseia-se na proteção legal concebida

nos artigos 5o CF 88, V e X, c/c artigo 186 do Código Civil, no marco civil da internet, no CDC e em outros legislações acima citadas indenizando os lesados e obrigando provedores de redes sociais a retirarem conteúdo impróprio e lesivo a honra.

Denota-se que na prática estas indenizações, quase sempre, estão limitadas ao quantum descrito na Lei do Juizado Especiais, o que estimula a impunidade.

Destaca-se ainda que a efetiva proteção a imagem e o combate ao 'Deep Fake' só efetivamente se concretizará após a adesão do Brasil como signatário da convenção do 'Cibercrime', popularmente conhecida como Convenção de Budapeste. Pois a partir da pactuação, será possível uma política criminal comum entre os signatários, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, designadamente, através da adoção de legislação adequada e da melhoria da cooperação internacional.

6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, M. PAULO, V. Direito constitucional descomplicado. 27. ed. São Paulo: Gen, 2019.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação. Coimbra: Almedina,2001.

AZAMBUJA, Celso Candido de. Psiquismo digital sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012.

BRANT, Cássio Augusto Barros. Marco Civil da Internet: Comentários sobre a lei 12.965/2014. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BEZERRA, Tiago José de Souza Lima; MENEZES NETO, Elias Jacob de; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O projeto de lei de proteção de dados pessoais (PL 5276/2016) no mundo do big data: o fenômeno da dataveillance em relação à utilização de metadados e seu impacto nos direitos humanos. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CARDOSO, A. D. B. **Colisão de direitos fundamentais, ponderação e proporcionalidade na visão de Robert.**2016. Disponível em file:///C:/Users/Leidiane/Downloads/10327-Texto%20do%20artigo-28987-1-10-20161005.pdf. Acesso em 10/05/2019.

CONVERGÊNCIA DIGITAL, Blog Eletrônico. https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=48450&sid=4 acesso em 19/07/2019.

DE LUCCA, Newton. Alguns aspectos da responsabilidade civil no âmbito da Internet. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). O Direito Civil no Século XXI. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 423-470.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe; ROSENVALD, Nelson. Novo Tratado de Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013. p. 236-254.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Marco Civil da Internet: Comentários à Lei n. 12.965/14. São Paulo: Saraiva, 2014.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPÉIA, página eletrônica, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:22015A1021(01)&from=EN acessado em 19/07.2019

LEONARDI, Marcel. A garantia fundamental do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações na condição ao pleno exercício do direito ao acesso à internet. In: LEITE, George Salomão;

LEMOS, Ronaldo (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet. São Paulo: J. Oliveira, 2005.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; ALVES, Edmar Warlisson de Souza; FIUZA, César Augusto de Castro. Uso indevido de redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas no ambiente laboral. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, 2017.

LEWICKI, Bruno. Realidade Refletida: Privacidade e Imagem na Sociedade Vigiada. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas.Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 103-113.

LONGHI, João Victor Rozatti. Marco civil da internet no Brasil: breves considerações sobre seus fundamentos, princípios e análise crítica do regime de responsabilidade civil dos provedores. In: MARTINS, Gulherme Magalhães (Coord.). Direito Privado & Internet. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104-146.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem. Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACHADO, Alexandre Fragoso. Os Anunciantes, os Sites de Busca e os Links Patrocinados: Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 644-677.

MIRAGEM, Bruno. Direito Civil: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

OUTRAS PALAVRAS, Blog Eletrônico, https://outraspalavras.net/tecnologiaemdisputa/deep-fake-a-ultima-distopia/ acesso em 17/07/2019.

PLANALTO, Revista Eletrônica de Legislação do Governo Federal.http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias acessado em 18/07/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PROFISSIONAISTI, Blog Eletrônico, https://www.profissionaisti.com.br/2019/06/deepfake-chapolin-bolsonaro-e-os-novos-tempos-de-fake-news/ acesso em 18/07/2019.

SARMENTO E CASTRO, Catarina. Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais. Coimbra: Almedina, 2005.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues, Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SOUSA, Marcos Rogério de. Responsabilidade Civil pelo Conteúdo das Informações Transmitidas pela Internet. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (Coord.). Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 678-698.

SUPERINTERESSANTE, Revista, https://super.abril.com.br/tudo-sobre/deep-fake/ acesso em 16/07/2019.

TECTUDO, Blog Eletrônico, https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/07/o-que-e-deepfake-inteligencia-artificial-e-usada-pra-fazer-videos-falsos.ghtml acesso em 16/07/2019.

TECNOBLOB, Blog Eletrônico. https://tecnoblog.net/264153/o-que-e-deep-fake-e-porque-voce-deveria-se-preocupar-com-isso/ acesso em 15/07/2019.

TECNOBLOG, Blog Eletrônico. https://tecnoblog.net/294405/facebook-vai-manter-deepfake-de-mark-zuckerberg/ acesso em 20/07/2019.

TEIXEIRA, Tarcísio. Marco civil da internet comentado. São Paulo: Almedina, 2016.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: DELMASSO, Fabiana; ABRUSSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurelio (Org.). Marco civil da internet. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. Marco Civil da Internet: Anotações à Lei n. 12.965/2014. Leme: Mundo Jurídico, 2014.

WILKIPEDIA, Site Eletrônico, https://pt.wikipedia.org/wiki/Deepfake acesso em 17/07/2019.

NOTAS:

[1] https://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_Cibercrime

[2] https://rm.coe.int/16806a45f2

[3] https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=48450&sid=4

[4] https://pt.wikipedia.org/wiki/Marco_Civil_da_Internet

[5] https://pt.wikipedia.org/wiki/Mark_Zuckerberg

FUNCIONALISMO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

FRANCISCO SANNINI NETO: Delegado de Polícia - Pós-graduado com especialização em Direito Público pela Escola Paulista de Direito - Professor de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo da UNISAL.

Para que possamos compreender os modelos de investigação existentes e as especificidades dos procedimentos investigativos regulamentados no Brasil, torna-se imprescindível o estudo das funções de uma investigação criminal prévia ao processo.

Afinal, qual seria a finalidade da investigação preliminar? Quais são seus objetivos? O que se deve buscar durante o seu desenvolvimento? Foi com a finalidade de responder todas essas indagações que nesse estudo ousamos defender a existência de um *Funcionalismo* que deve pautar a apuração de toda e qualquer infração penal.

Função Preparatória

O objeto de uma investigação criminal é sempre a *notitia criminis*. Isso significa que é a possibilidade de ocorrência de uma infração penal que justifica a deflagração de um procedimento investigativo cuja finalidade seja, entre outras, a de viabilizar o perfeito esclarecimento dos fatos, suas circunstâncias e motivações.

Com a adoção do *Sistema Acusatório* pelo nosso ordenamento jurídico, não cabe ao Estado-Juiz dar início a um processo. Essa pretensão acusatória deve ser exercida, em regra, pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, ou excepcionalmente pelo ofendido, nos crimes de ação penal privada.

Mas como exercer essa atividade acusatória sem dispor dos elementos mínimos sobre autoria e materialidade?! É esta, pois, a primeira função da investigação criminal: reunir elementos indiciários sobre a autoria e materialidade delituosa, preparando, assim, o exercício da ação penal pelo seu titular.

Ao discorrer sobre as finalidades do inquérito policial, principal instrumento investigativo do nosso ordenamento jurídico, TOURINHO explica o seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (...) o inquérito policial visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. (...) Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma.[1]

Para TORNAGHI, "o inquérito policial é a investigação do fato, da sua materialidade, e autoria. É a *inquisitivo generalis* destinada a ministrar elementos para que o titular da ação penal (Ministério Público, ofendido) acuse o autor do crime".[2]

MOREIRA, por sua vez, ensina que:

> O inquérito policial é um procedimento preliminar, extrajudicial e preparatório para a ação penal, sendo por isso considerado como a primeira fase da *persecutio criminis* (que se completa com a fase em juízo). É instaurado pela polícia judiciária e tem como finalidade a apuração de infração penal e de sua respectiva autoria".[3]

Como se pôde observar, a maioria da doutrina se limita ao estudo do inquérito policial como se este procedimento fosse sinônimo de investigação criminal, quando, na verdade, trata-se apenas de um dos instrumentos utilizados para formalizar a apuração de infrações penais do Brasil. De todo modo, pode-se concluir que as finalidades indicadas para o inquérito também se aplicam ao gênero *investigação criminal*.

Função Preservadora

Se, por um lado, a investigação preliminar tem por finalidade viabilizar o exercício de uma pretensão acusatória, por outro, ela deve funcionar como um obstáculo a ser superado antes do início do processo. É certo que a persecução penal como um todo, mas, sobretudo, a fase processual, acarretam inúmeras repercussões, seja para o Estado ou para o imputado.

Sob o prisma do Estado, a instauração de um processo resulta em inúmeros gastos, afinal, além da parte burocrática que envolve a manutenção de sistemas e toda infraestrutura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(computadores, papeis, impressoras etc.), os próprios agentes públicos ficam empenhados nos mais diversos casos penais, o que, a toda evidência, afeta o Sistema de Justiça Criminal.

Já sob o ponto de vista do imputado, é inegável as consequências extremamente deletérias vinculadas ao processo. Além de arcar com as custas de sua defesa, circunstância de caráter tangível, existe outro fator de caráter intangível e que reputamos ainda mais grave, qual seja, o rótulo recebido pela pessoa a partir do momento em que se transforma em réu no processo penal.

Em Criminologia, fala-se na "teoria do etiquetamente" (*labeling approach*), numa perspectiva em que o acusado acaba sendo estigmatizado pela sociedade como uma pessoa criminosa, deixando-se absolutamente de lado o princípio constitucional da presunção de inocência. Na Espanha existe uma expressão que ilustra bem esse cenário: *la pena de banquillo*, no sentido de que o simples fato de uma pessoa se sentar no banco dos réus, já representa uma pena.

Justamente por isso, torna-se imprescindível uma investigação preliminar ao processo que funcione como um filtro contra imputações infundadas, preservando o investigado e a própria "máquina" do Judiciário, que não será movida de forma desnecessária.

Nesse diapasão se manifestam LOPES JR. e GLOECKNER:

> A investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos de convicção que interessem ao julgamento da causa e cuja produção as partes devem solicitar no processo, como também devem servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem. (...) A investigação preliminar está destinada a fornecer elementos de convicção que permitam justificar o processo ou o não processo.[4]

De fato, a função investigativa formalizada, em regra, pelas Polícias Judiciárias, está longe de se resumir a um suporte da acusação, não possuindo caráter unidirecional. A finalidade do procedimento preliminar não deve ser vislumbrada sob a ótica exclusiva da preparação do processo penal, mas principalmente à luz de uma barreira contra acusações infundadas e temerárias, além de um mecanismo de salvaguarda da sociedade, assegurando

a paz e a tranquilidade social. Não é outro o escólio de SAYEG ao falar sobre um dos procedimentos de investigação:

> A ideia de que o inquérito policial somente tem por objetivo a preparação de uma ação penal é equivocada e distorcida. Em uma República Democrática preza-se pela utilização da Justiça Criminal somente como *ultima ratio*, caso haja o mínimo de elementos de provas indiciárias de que o investigado tenha praticado o delito em determinado lugar e em determinado momento.[5]

Com o objetivo de subsidiar as conclusões aqui expostas, vale transcrever as incisivas palavras utilizadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao apreciar o projeto que culminou na Lei 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia:

> Assim, o inquérito policial, ainda que visto como procedimento administrativo pré-processual, **é um instrumento prévio e de triagem contra acusações levianas e precipitadas**, uma verdadeira garantia do cidadão e da sociedade, tendo dentro dele uma significativa parcela de procedimento jurídico, vez que poderá ensejar prisão e outras providências cautelares que afetam os direitos individuais. Um inquérito policial bem elaborado presta-se tanto à justa causa para a subsequente ação penal, quanto à absolvição do inocente (grifamos).

É com base nas conclusões acima expostas que se pode afirmar que não existe vínculo entre a investigação criminal e o exercício da ação penal. A uma porque estamos diante de fases distintas da persecução penal, com características e objetivos igualmente distintos. A duas porque, como visto, a investigação preliminar não se destina exclusivamente ao titular da ação penal, devendo desenvolver-se de maneira imparcial e objetiva, visando o escorreito esclarecimento da notícia crime, viabilizando a produção de provas que possam incriminar o investigado ou, por vezes, inocentá-lo, evitando-se, consequentemente, os ônus do processo.

Função de Descoberta do Fato Oculto (Redução das "Cifras Negras")

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É cediço que diversos fatores concorrem para a prática de infrações penais, razão pela qual a segurança pública é uma matéria multidisciplinar. Dentro dessa perspectiva, ganha destaque a Criminologia como uma ciência voltada ao estudo do fenômeno criminal e suas causas. Segundo estudiosos da área, por meio de estatísticas é possível identificar um liame causal entre os fatores de criminalidade e os ilícitos perpetrados.

Ocorre que tais estatísticas devem ser analisadas com reservas, uma vez que inúmeros crimes nem sequer chegam ao conhecimento do Estado (especialmente nos *crimes vagos*, vale dizer, aqueles em que o sujeito passivo é uma coletividade sem personalidade jurídica), havendo, destarte, um enorme vácuo entre a criminalidade real e a criminalidade revelada, o que dá ensejo a chamada *cifra negra*.

Ao discorrer sobre o tema, SUMARIVA explica o seguinte:

> A primeira é a quantidade efetiva de crimes praticados pelos criminosos, a segunda é o percentual dos crimes que chegam ao conhecimento do Estado e a terceira representa a porcentagem dos delitos que não foram comunicados ou elucidados. Estamos diante de um **processo de atrição**, que consiste no distanciamento progressivo entre as cifras nominais e as cifras negras da criminalidade, em que o subproduto é a constatação da diferença entre a criminalidade real e a apurada em estatísticas oficiais.[6]

Nas lições de Muñoz Conde[7] sobre a *cifra negra*, nem todo delito cometido é tipificado; nem todo delito tipificado é registrado; nem todo delito registrado é investigado pela polícia; nem todo delito investigado é denunciado; a denúncia nem sempre termina em julgamento; e o julgamento nem sempre termina em condenação.

De fato, é impossível discordar das lições do renomado penalista, sendo certo que em países subdesenvolvidos esse cenário torna-se ainda mais evidente, seja em virtude das circunstâncias sociais de uma região ou pela falta de estrutura do Estado.

É evidente que o índice de criminalidade oculta (cifra negra) também é influenciado pela própria essência das condutas criminosas, praticadas, de um modo geral, de forma dissimulada ou mascarada, visando assegurar, num primeiro momento, a

concretização do ímpeto criminoso e, num segundo momento, a irresponsabilidade penal do agente.

Considerando que a *notitia criminis* é o objeto da investigação criminal, pode-se concluir que o caráter oculto do crime reflete no aumento das *cifras negras*, haja vista que, por vezes, inviabiliza o início da persecução penal, o que compromete a própria eficiência da justiça.

Tal conclusão ganha relevância ainda maior devido ao fato de que as investigações criminais, em regra, não funcionam pelo sistema *self-starter*, ou seja, dependem de provocação. Isso significa que na maioria absoluta dos casos o início da persecução penal depende da vítima, que, nesse cenário, constitui a principal fonte de notícia crime.

De maneira ilustrativa, FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE calculam que nos EUA e na Alemanha, cerca de 85% a 95% das investigações têm seu início vinculado à provocação de particulares.[8]Ocorre que, por inúmeros fatores, cada vez mais as vítimas de crimes deixam de comunicá-los aos órgãos oficiais, contribuindo, assim, para o aumento das *cifras negras* e, consequentemente, da impunidade. Pode-se destacar os seguintes fatores:

a-) Revitimização: trata-se de um processo emocional que faz com que a vítima de um crime se sinta novamente lesada, seja em decorrência das relações com outras pessoas ou instituições públicas (heterovitimização) ou pelo seu próprio sentimento de culpa (autovitimização secundária).

No Brasil, por exemplo, a falência imposta pelos nossos governantes às Polícias Judiciárias, com atribuição investigativa, faz com que a vítima de um crime perca horas em uma Delegacia de Polícia apenas para noticiar um delito por meio de boletim de ocorrência. Se não bastasse, essa mesma vítima terá que retornar posteriormente à Delegacia para ser ouvida ou participar de outros procedimentos policiais (ex: reconhecimento pessoal), sendo todo esse expediente repetido na fase processual.

Do mesmo modo, a vítima também terá que conviver com a repercussão social causada pelo crime, o que muitas vezes causa incômodo, humilhação e provoca uma constante lembrança do trauma vivenciado, sobretudo em crimes sexuais. Por todas essas razões, a vítima, não raro, prefere não noticiar a ocorrência da infração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

b-) Falta de confiança no sistema de justiça: a conhecida ineficiência do sistema de justiça criminal em alguns países contribui diretamente para o aumento da *cifra negra*, uma vez que as vítimas, como principais fontes de notícia crime, não acreditam que terão uma resposta positiva das agências estatais, seja pela falta de estrutura (que implica na morosidade e na ineficiência da persecução penal) ou até mesmo pela suspeita de corrupção de seus agentes.

c-) Medo de represálias: como efeito natural da falta de confiança no Estado em dar proteção aos seus cidadãos, as vítimas acabam suportando ações criminosas por receio de serem novamente atingidas pelos mesmos criminosos. Isso é muito comum em crimes de roubo, tentativa de homicídio e nos casos de violência doméstica e familiar, onde as vítimas têm medo das represálias de seus algozes.

d-) Tolerância ao crime: devido aos fatores acima expostos, existe uma capacidade da sociedade em absorver determinadas modalidades de crimes. Algumas vítimas de estupro, por exemplo, preferem absorver o crime a reviver o trauma sofrido inúmeras vezes durante a persecução penal e ainda ficarem expostas perante à sociedade. Já algumas vítimas de furto, por não acreditarem na eficácia da justiça, acabam absorvendo a lesão sofrida em seu patrimônio. O mesmo ocorre com os crimes de roubo, estelionato, apropriação indébita etc.

Feitas essas observações, destaque-se que todos esses fatores acabam fomentando a violência privada, onde o cidadão vítima de um crime e, por vezes, até agentes públicos, procuram fazer justiça com suas próprias mãos, desestruturando a lógica de um Estado Democrático de Direito. Daí a importância de se desenvolver uma estrutura investigativa eficiente que não fique tão refém da provocação da vítima.

Não é outra a conclusão de LOPES JR. e GLOECKNER:

> Diante dessa realidade, o Estado deve dispor de instrumentos eficazes para descobrir o fato e não permitir que se elevem os índices de *criminal case mortality*, que geram descrédito dos sistemas formais de controle e uma insegurança social. Nesse tema, a investigação preliminar desempenha um papel relevantíssimo, e sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> eficácia está não só no resultado final, senão também nas formas de *starter*.[9]

Percebe-se, pelo todo exposto, que a função da investigação criminal de buscar o fato oculto ganha relevância ainda maior nos chamados *crimes vagos*, justamente porque em tais hipóteses não há uma vítima definida, o que, a toda evidência, compromete o início das apurações.

São exemplos de crimes dessa espécie o tráfico de drogas, os previstos no Estatuto do Desarmamento, crimes ambientais etc. Imaginem, caro leitor, quantas pessoas mantém a posse ilegal de armas de fogo atualmente no Brasil, colocando em risco a segurança pública. Já seara ambiental, são inúmeros os crimes praticados sem qualquer conhecimento por parte do Estado.

Assim, é preciso que as agências estatais de investigação criminal sejam estruturadas com o objetivo de desvendar o *fato oculto*, inviabilizando, não raro, a própria consumação do crime, atuando de forma preventiva e, ao mesmo tempo, diminuindo o índice de criminalidade desconhecida.

Função Simbólica

A pena é uma consequência jurídica imposta aos autores de crimes justamente em virtude de uma violação às expectativas da sociedade intrínsecas nas leis penais. Ora, se a lei constitui a expressão da vontade geral, ao praticar um crime o agente está claramente confrontando a sociedade em que está inserido, razão pela qual, lhe deve ser imposta uma pena, inclusive para reforçar a observância às normas legais.

BITENCOURT, explicando o pensamento de HEGEL sobre a pena, nos ensina o seguinte:

> A tese de Hegel resume-se em sua conhecida frase: “a pena é a negação da negação do Direito”. A fundamentação hegeliana da pena é – ao contrário da kantiana – essencialmente jurídica, na medida em que para Hegel a pena encontra justificação na necessidade de restabelecer a vigência da “vontade geral”,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> simbolizada na ordem jurídica e que foi negada pela vontade do delinquente.[10]

Percebe-se, pois, que a pena possui uma função simbólica que serve de desestímulo à prática de infrações penais, fomentando, insistimos, o respeito ao ordenamento jurídico. É inegável, nesse contexto, a finalidade preventiva da pena, seja no seu aspecto negativo (dissuadindo possíveis delinquentes), seja no seu aspecto positivo (reforçando a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem).

Com efeito, tendo em vista que a investigação criminal viabiliza a concretização da justiça através da imposição de uma pena aos autores de crimes, podemos concluir que, tal qual a própria pena, a investigação também possui uma função simbólica, mitigando a sensação de insegurança e de impunidade, na medida em que o Estado, por meio de suas agências, está atuando prontamente na apuração dos fatos.

É evidente que a prática de uma infração penal repercute negativamente na sociedade, abalando a paz e trazendo intranquilidade, afinal, a "vontade geral" foi violada. Ocorre que com a imediata ação estatal na apuração do delito, é transmitida uma mensagem a todos no sentido de que o seu responsável será punido.

Conforme nos ensinam LOPES JR. e GLOECKNER:

> A investigação preliminar também atende a uma função simbólica, poderíamos dizer até de natureza sociológica, ao contribuir para restabelecer a tranquilidade social abalada pelo crime. Significa que, numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime, através da sensação de que os órgãos estatais aturarão, evitando a impunidade. Essa garantia de que não haverá impunidade manifesta-se também através da imediata atividade persecutória estatal, que não se confunde com a necessidade de uma cautelar pessoal (prisão processual).[11]

Note-se que tais premissas deixam clara a importância da investigação criminal na redução das estatísticas criminais. Infelizmente nossos legisladores e governantes jamais se atentaram para uma lição básica de BECCARIA na sua estupenda obra *Do delito e das*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

penas onde o autor defende a ideia de que mais importante do que a severidade do castigo é a certeza do castigo.

Diante do aumento da criminalidade o Poder Legislativo, quase instantaneamente, se socorre do Direito Penal como solução para todos os problemas. Como consequência, são criados novos crimes, aumenta-se a pena de outros tantos e novos delitos são elevados à condição de hediondos.

Fato é que o rigor da reprimenda penal nada significa se o delinquente, ao atuar, tem a convicção de que sairá impune. É justamente esse sentimento de impunidade que estimula, entre outros fatores, a prática de infrações penais. Daí a importância de se investir na investigação criminal, instrumento vocacionado ao esclarecimento do crime e que assegura a futura aplicação de uma pena. Afinal, conforme já destacado, é a certeza do castigo que serve de desestímulo ao criminoso e não a sua severidade.

Consigne-se, ademais, que esta função simbólica da investigação criminal atinge seu apogeu nos casos em que viabiliza a prisão em flagrante de um criminoso. Isto, pois, em tais situações a resposta do Estado ao crime é imediata, servindo, não raro, para evitar a própria violação da norma, ou seja, a consumação do delito.

Não por acaso, sustentamos a ideia de que a prisão em flagrante tem a função de atuar como um instrumento constitucional de imediata proteção aos direitos fundamentais, proteção esta que é veiculada por meio de uma norma penal incriminadora que estaria sendo violada ou que acabara de ser.

Nesse diapasão, aliás, é o escólio de Marcelo Cardozo da Silva:

> (...) a prisão em flagrante desempenha a necessária função de atualização das funções preventivas das normas penais incriminadoras. Não fosse a prisão em flagrante, perder-se-ia um poderoso instrumento constitucional de defesa contra comportamentos atuais ofensivos a direitos fundamentais/bens coletivos constitucionais. Mais do que qualquer função probatória, realiza um estratégico mister de impedir, pela atualização que traz a toda e qualquer norma incriminadora, comportamentos que as violem: traz, excepcionalmente, a proteção da norma penal, do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

distante momento do cumprimento da pena, para o momento atual da violação.[12]

Resta evidente, portanto, que a investigação criminal mostra sua máxima eficiência nas hipóteses em que viabiliza a prisão em flagrante de criminosos. Como consequência natural dessa pronta resposta ao delito (função simbólica), ocorre a dissuasão de possíveis delinquentes diante da eficácia demonstrada pelo Estado em assegurar a responsabilização penal daqueles que ousarem violar as leis.

Função Restaurativa ou Satisfativa

Ao lado das funções já indicadas pela doutrina que se debruça no estudo comprometido da investigação criminal, ousamos destacar nesse trabalho uma outra função extremamente relevante: a *restaurativa*; no sentido de restaurar, vale dizer, reconstruir, recuperar as condições existentes antes da prática do crime, seja sob o prisma do autor ou da vítima.

Infelizmente, os órgãos de persecução penal, sobretudo os ligados à investigação criminal, vêm se contentando em garantir a responsabilização penal de autores de fatos criminosos, quando, na maioria das vezes, essa atividade em quase nada abala uma estrutura organizada que vive de ilícitos penais.

Nesse contexto, engana-se quem pensa que uma persecução penal exitosa é aquela em que os criminosos são presos, pois, dentro de uma sociedade delinquente, não basta assegurar a imposição da pena como efeito jurídico do crime, sendo imprescindível a desarticulação de toda estrutura desenvolvida a partir da prática de infrações penais.

Para tanto, é possível encontrar em nosso ordenamento jurídico diversas ferramentas aptas a mitigar as consequências do crime, evitando, destarte, o locupletamento do criminoso e a reiteração de condutas delituosas. Isto, pois, de nada adianta a prisão do autor de um delito se a estrutura criminosa estabelecida continuar funcionando. Note-se que tais ferramentas servem, inclusive, ao *caráter simbólico*da investigação criminal, uma vez que desestimulam atos ilícitos.

Nos crimes patrimoniais, por exemplo, sob o ponto de vista da vítima, mais importante do que a responsabilização do criminoso é a recuperação do produto da infração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, não cabe à Polícia Judiciária focar sua atenção apenas na reunião de indícios de autoria e materialidade delituosa, sendo dever da investigação a localização dos objetos roubados, furtados, apropriados ilicitamente etc.

Com esse viés a investigação criminal, além de preparar a ação penal, evitar acusações infundadas, identificar o fato oculto e, consequentemente, desestimular a prática de novas infrações penais, também dará uma satisfação à vítima, vulnerada na sua esfera patrimonial. Da mesma forma, evita-se o locupletamento do criminoso, o que, por óbvio, também atingirá eventual estrutura criada a partir do crime.

Nesse cenário, são valiosas as chamadas *medidas assecuratórias*, tidas como "as providências de natureza cautelar levadas a efeito no juízo penal que buscam resguardar o provável direito da vítima ao ressarcimento do prejuízo causado pela infração penal".[13]

Em linhas gerais, pode-se destacar alguns motivos pelos quais as medidas assecuratórias são eficientes no combate ao crime organizado[14]: a-) o confisco dos bens e valores promove a asfixia econômica de certos crimes; b-) tendo em vista a fungibilidade entre os integrantes de uma organização criminosa, a neutralização de bens e valores desestabiliza a estrutura criada; c-) evita-se a possibilidade de uso do produto ou proveito da infração após eventual cumprimento de pena; d-) inviabiliza o locupletamento de familiares ou outros membros da organização.

Apenas para ilustrar, a *busca e apreensão* tem o papel de resguardar o próprio produto do crime. Ao localizar um veículo furtado, por exemplo, a Polícia Judiciária deverá promover sua apreensão e restituição à vítima, que, assim, terá seu prejuízo mitigado.

Já o *sequestro*, regulado a partir do artigo 125, do CPP, tem a finalidade de acautelar os bens adquiridos através da prática de crimes. Em outras palavras, essa medida cautelar de natureza patrimonial poderá recair sobre bens móveis ou imóveis de origem ilícita que constituem verdadeiro provento da infração (*v.g.* veículo adquirido com dinheiro proveniente do tráfico de drogas).

Outra ferramenta que passa despercebida por vários operadores do Direito, encontra previsão legal no artigo 91, §§1º e 2º, do Código Penal, acrescentados pela Lei 12.694/12. Com essa inovação legislativa houve uma significativa ampliação no poder de confisco do Estado, pois não apenas os produtos ou proveitos do crime podem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

confiscados, mas também “os bens e valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior”. Já o §2º, do mesmo dispositivo, viabiliza a adoção das medidas assecuratórias para abranger esses mesmos bens e valores pertencentes ao investigado para posterior decretação de perda.

Como se vê, trata-se, sem dúvida nenhuma, de importante instrumento restaurativo, cuja adoção certamente irá mitigar os prejuízos causados pelo crime e ainda evitar o locupletamento dos criminosos e seus familiares, sufocando, outrossim, a estrutura econômica de uma organização voltada à prática de ilícitos.

Outra ferramenta apta a contribuir com o caráter restaurativo da investigação criminal é a Lei 9.613/98, que tipificou o crime de Lavagem de Capitais (*Money Laudering*). Rodolfo Tigre Maia define a lavagem de dinheiro “como o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça.[15]

Dentro dessa perspectiva, cabe ao Estado, por meio da investigação, identificar os bens, direitos e valores provenientes de infrações penais e submetidos a esse processo de ocultação ou dissimulação. A criminalização da *Lavagem de Dinheiro*, portanto, colabora com a função restaurativa do inquérito policial, pois além de viabilizar a responsabilização penal do autor da “lavagem”, dificulta que ele se locuplete do crime, sufocando, assim, suas atividades ilícitas[16].

Em consonância com o ponto de vista aqui defendido, o artigo 4º, §3º, da Lei 9.613/98, estabelece que “O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores **necessários e suficientes à reparação dos danos** e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração pena” (grifamos). Na mesma linha, o §4º, do mesmo dispositivo legal autoriza a decretação de medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores de origem lícita pertencentes ao investigado, no intuito de assegurar a *reparação do dano decorrente da infração penal antecedente*.[17]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já na Lei 12.850/13, que dispõe sobre as Organizações Criminosas, nós encontramos uma ferramenta que tem o objetivo exclusivo de recuperar o produto ou o proveito dos crimes praticados pela criminalidade organizada. Trata-se da *colaboração para a recuperação de ativos*, prevista no artigo 4º, inciso IV, da Lei. Por meio dessa técnica especial de investigação será possível desestruturar a organização e ao mesmo tempo mitigar as consequências dos crimes praticados. Nesse ponto, aliás, vale o alerta de Renato Brasileiro no sentido de que:

> (...) um dos meios mais eficientes para a repressão de certos delitos passa pela recuperação de ativos ilícitos, sendo imperiosa a criação de uma nova cultura, uma nova mentalidade, que, sem deixar de lado as penas privativas de liberdade, passe a dar maior importância às medidas cautelares de natureza patrimonial e ao confisco dos valores espúrios.[18]

Frente ao exposto, parece-nos inegável esse caráter restaurativo da investigação criminal, que não pode mais se limitar em reunir elementos que possibilitem a responsabilização penal do autor do crime, devendo cumprir um papel muito maior no intuito de mitigar os danos causados pela infração e, sobretudo, desarticular a estrutura criada com base na prática de atos ilícitos.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. ed. 11. São Paulo: Saraiva.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.

LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime* – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2007.

SANNINI NETO, Francisco. *Inquérito Policial e Prisões Provisórias – Teoria e Prática de Polícia Judiciária*. São Paulo: Ideias e Letras, 2014.

SAYEG, Ronaldo. *O inquérito policial democrático: uma visão moderna e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SUMARIVA, Paulo. *Criminologia - Teoria e Prática.* ed. 5. Niterói, RJ: Impetus, 2018.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOTAS:

[1] TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64-65.

[2] TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. II, p. 136.

[3] MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 3.

[4] LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

[5] SAYEG, Ronaldo. *O inquérito policial democrático: uma visão moderna e contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 23.

[6] SUMARIVA, Paulo. *Criminologia - Teoria e Prática.* ed. 5. Niterói, RJ: Impetus, 2018. p. 137.

[7] CONDE, Muñoz. *Introducción y a derecho penal*. p. 47.

[8] FIGUEIREDO DIAS, Jorge. COSTA ANDRADE, Manuel. *Criminologia – O homem Delinquente e a Sociedade Criminógena.* Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 133.

[9] LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. op.cit., p. 105.

[10] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 138

[11] LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. op.cit., p. 106.

[12] SILVA, Marcelo Cardozo da. *A prisão em flagrante na Constituição.* Pág. 62.

[13] BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390.

[14] Em sentido semelhante: LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p.87.

[15] MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro – lavagem de ativos provenientes de crime* – Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 53.

[16] De acordo com o art.7º, I, da Lei 9.613/98, é efeito da condenação: a perda dos bens, direitos e valores relacionados direta ou indiretamente, à prática dos crimes previstos nesta Lei.

[17] Art.4º, §4º, Lei 9.613/98: "Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas."

[18] LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 396.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RECONSTRUÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO PROCESSO DE CURATELA

ROSELAINE LOPES TOLEDO: Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Minas Gerais (OAB/MG) sob o número 109.566, desde de 2007. Graduada em Direito pela Escola de Estudo Superiores de Viçosa-MG, Especializando em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera e Mestranda em Economia Doméstica pela Universidade Federal de Viçosa-MG.

Coautores:

DEBORA FERNANDES PESSOA MADEIRA[1]

MARCELA VALVERDE GARCIA[2]

RESUMO: No presente artigo buscou-se, analisar a conceituação do termo "deficiência" desde as primeiras referências a esse tema em nosso ordenamento jurídico, até chegarmos ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, afim de considerar seus reflexos no direito de família, notadamente na Curatela. Para tanto, foi realizado uma abordagem qualitativa, através de revisão de literatura, considerando autores renomados do Direito de Família, artigos científicos de diversas áreas de estudo e legislações. Como resultado, observou-se um contexto de transição do paradigma conceitual de um modelo biomédico para um modelo que mescla o conceito médico e o social de deficiência, modelo este adotado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lado outro, este Estatuto, trouxe consideráveis mudanças para o ordenamento jurídico em relação à teoria da incapacidade, refletindo de forma incisiva no Instituto da Curatela, já que, possibilitou, na medida em que possam ser exercidas, as liberdades fundamentais da pessoa com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência. Incapacidade. Curatela.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Compreensão do termo deficiência. 3. O histórico do tratamento dispensado às pessoas com deficiência no direito brasileiro. 4. Análise do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

instituto da curatela após a mudança do tratamento destinado às pessoas com deficiência. 5. Conclusão. Referências.

TITLE: THE LEGAL RECONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF DEFICIENCY AND ITS IMPACTS IN THE CURATORS PROCESS

ABSTRACT: In the present article we sought to analyze the conceptualization of the term "disability" from the first references to this topic in our legal system, until we reach the Statute of the Person with Disabilities, in order to consider its reflexes in family law, especially in Curatela. For that, a qualitative approach was carried out, through a literature review, considering renowned authors of Family Law, scientific articles from various areas of study and legislations. As a result, a context of transition from the conceptual paradigm of a biomedical model to one that combines both the medical and the social models of disability, which is adopted by the Statute of the Person with Disabilities, was observed. On the other hand, this Statute of Persons with Disabilities has brought about considerable changes to the legal system in relation to the theory of incapacity, reflecting in an incisive way in the Curatela Institute, since it enabled, as far as they can be exercised, the fundamental freedoms of persons with a disabilities.

KEWSWORDS: Persons with disabilities. Disabilities. Curatorship.

CONTENTS: 1. Introduction. 2. Understanding of the term deficiency. 3. The history of treatments given to persons with disabilities in Brazilian law. 4. Analysis of the Curatela Institute after the changes in the treatment destined to persons with disabilities. 5. Conclusion. References.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como tema central de pesquisa a análise das alterações promovidas pela Lei nº 13.146 de 2015 no conceito de deficiência. Ao longo dos anos, não somente no Brasil, mas em diversos outros países, as pessoas com deficiência foram segregadas, violentadas e esquecidas. Houve momentos na história em que essas pessoas foram tolhidas de sua própria humanidade, e, até a década de 50, eram vistas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

identificadas tão somente a partir da sua patologia[3]. Diante desse cenário, tornou-se necessário enxergar a deficiência como uma patologia física ou mental, para aos poucos se reconhecer, cientificamente, que as barreiras sociais as ampliam e as criam, já que muitas vezes é a falta de acesso dessas pessoas aos mais diversos espaços coletivos é que as tornam deficientes e incapazes e não, somente, a patologia em si.

No campo do Direito, especialmente no Direito Civil, o termo deficiência foi tratado como correlato à incapacidade, o que permitiu que, em muitos casos de Processos de interdição e curatela, fosse determinada a incapacidade absoluta de seres humanos sem aferir as suas reais limitações. Por muito tempo, não só no Direito Brasileiro, mas na maior parte dos países de tradição romanística – *civil law* -, a interdição foi pensada enquanto um instituto que auxiliaria os familiares na proteção do seu patrimônio e não, enquanto um instituto erguido para proteger e promover a dignidade do interditado. Interditar uma pessoa e a impedir de realizar quaisquer atos da vida civil permitiu e, ainda, permite que terceiros definam o destino da vida alheia, sem qualquer esforço em ouvir o interditado, ou em respeitá-lo. Em decorrência deste fato, muitas vezes, sob a vestimenta de uma proteção, pessoas são tolhidas de sua humanidade.

Contudo, o Brasil, além de outros 174 países, tornou-se signatário da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e seu protocolo adicional, comprometendo-se, promover a dignidade e a inclusão das pessoas com deficiência. Essas normas internacionais foram internalizadas no Brasil em 2009, pelo Decreto 6.949 e impactou de maneira direta o Direito Civil brasileiro, particularmente o Direito de Família. Em 2015, o Brasil promulgou a Lei 13.146, de Inclusão das Pessoas com Deficiência, autointitulada de Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Entre seus preceitos, foi determinado a remoção das hipóteses de deficiência mental do rol de incapacidade dos artigos 3º do Código Civil de 2002, bem como trouxe, em eu artigo 2º um novo conceito de Deficiência.

Diante desse contexto, objetiva-se com este artigo, analisar a conceituação do termo “deficiência” desde as primeiras referências a esse tema em nosso ordenamento jurídico, até chegarmos ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, para que possamos, assim,

analisar seus reflexos no direito de família, notadamente na Curatela. Para tanto, foi realizado uma abordagem qualitativa, através de uma revisão de literatura, considerando autores renomados do Direito de Família, artigos científicos de diversas áreas de estudo e legislações.

2. COMPREENSÃO DO TERMO DEFICIÊNCIA

É indubitável que a correta compreensão do termo "deficiência" e de seus conexos é fundamental para que se possa abandonar os estigmas negativos ainda carregados pela sociedade face às pessoas com deficiência. Apesar dos avanços interpretativos, esse termo ainda é tratado como sinônimo de desvantagem natural e a carga valorativa dessa expressão permanece demasiadamente depreciativa.

Dentro dessa perspectiva, há de se destacar que definições na esfera das pessoas com deficiência, podem ter impactos extremamente relevantes na estipulação de quem seria esse indivíduo, quais direitos ele possui e quais são as dificuldades por ele enfrentadas no contexto social, motivo pelo qual não podem ser analisadas de forma meramente técnica. É nessa perspectiva que busca-se demonstrar e analisar a evolução da conceituação do termo "deficiência" e expressões que o acompanham.

Diretrizes e conceituações amplas ou indeterminadas, na prática, podem se tornar restritivas e supressivas de direitos, a depender de como forem recepcionados os elementos necessários à apropriada composição e compreensão dos termos. Alguns setores (políticos, estatais, sociais), por exemplo, optam por classificações abertas que permitem a manipulação de conceitos para que se possa inserir ou excluir situações conforme mais ou menos conveniente. Estes passam a decidir quais ambientes (social, médico, legal ou econômico) serão afetados pela escolhida classificação e para quais dos setores serão destinadas as políticas públicas, os recursos, os esforços e a devida preocupação.

À título de exemplo histórico, diversas foram as expressões adotadas para a assimilação dos termos relacionados às pessoas com deficiência até que se chegasse à expressão atualmente adotada e considerada mais adequada. Termos como "handicap",

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"pessoa com lesão", "excepcionais", "indivíduos de capacidade limitada", "inválidos", "deficientes", dentre outros, eram utilizados para representar o que hoje entendemos pela expressão "pessoas com deficiência". Menciona Diniz[4] que o termo utilizado até o fim dos anos 90 para representar o resultado da relação do corpo lesado com a sociedade rendeu muitas discussões e controvérsias. Os termos utilizados anteriormente carregavam uma carga valorativa negativa, o que por vezes servia de propulsor para a discriminação. Sendo necessário, portanto, a alteração do foco e entendimento acerca destes termos. Historicamente, diversas foram as conceituações, razões e explicações para a deficiência e para a sua eventual interpretação:

> Na Grécia Antiga e no Império Romano, a ira dos deuses era tida como causa da deficiência quando essa era congênita, o que tornava aceitável a prática de sacrifício ou abandono do recém-nascido. [...] O medievo viu as deficiências, principalmente as mentais, serem associadas com causas sobrenaturais e demoníacas, enquanto no Renascimento e, posteriormente, o Iluminismo proporcionaram uma visão gradualmente mais naturalista desse fenômeno. [...] Especialmente no século XVIII, que se verifica o início da educação de pessoas surdas, a diferenciação entre deficiências intelectuais e doenças mentais, bem como a difusão de asilos e hospitais para deficientes, especialmente os mentais, por toda a Europa e colônias inglesas na América. A institucionalização toma conta do cenário do século XIX. Apesar de importantes instituições terem surgido nesse período, como a Gallaudet University para surdos, a institucionalização, em apreensão ampla, contribui para a objetificação da deficiência, sua identificação cada vez mais forte com causas biológicas de viés médico e a gradual segregação dos deficientes nessas instituições.[5]

Nesta seara, tem-se que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, através da Resolução nº. 3.447 de 1975. A referida declaração se preocupou em estabelecer uma conceituação de "pessoas deficientes", como sendo aquelas que seriam incapazes de garantirem as necessidades de uma vida individual ou social normal, seja de forma total ou parcial, como consequência de uma deficiência, que pode ser congênita ou não, em suas capacidades mentais e físicas.[6]

Ao trazer a conceituação de "pessoas deficientes", a referida declaração despertou a preocupação com o tema nos mais diversos ordenamentos jurídicos, inclusive no Brasil. À época, por se considerar que a pessoa com deficiência seria "incapaz de assegurar por si mesma as necessidades da vida", encontrava-se nos institutos da curatela e interdição um instrumento que "corrigia" tal deformidade social. Entretanto, a "proteção" era uma espécie de punição, uma vez que possuía seu centro em um modelo de isolamento e custódia decorrentes da doença. A ideia, na verdade, era a remoção do indivíduo para que se pudesse alcançar estabilidade social e segurança jurídica das relações.

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde – OMS elaborou um catálogo oficial de lesões e deficiências semelhante à Classificação Internacional de Doenças (CID), nomeado Classificação Internacional de Lesão, Deficiência e Handicap (ICIDH) com a finalidade de sistematizar a linguagem biomédica. A ICIDH baseou-se no modelo biomédico de deficiência, não obstante a publicação do catálogo ter se dado em um momento de efervescência política e reflexiva do modelo social, e passou a representar um retrocesso para as conquistas deste último modelo.[7]

Por muito tempo, apenas o conceito médico de deficiência era o abordado para tratar das questões relacionadas às pessoas com deficiência. Para este modelo que se desenvolveu principalmente no século XIX e na primeira metade do século XX, "a deficiência é consequência natural da lesão em um corpo, e a pessoa deficiente deve ser objeto de cuidados biomédicos"[8]. Entretanto, por volta de 1960, ao se perceber que a deficiência não era, apenas o resultado de lesões do corpo ou da mente, mas também

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resultado do ambiente social que prejudica a incorporação da diversidade, compreendeu-se que a acepção médica era limitada e encontrava-se desatualizada. Nesse sentido, diante da necessidade de reformulação interpretativa surge, então, o modelo social de deficiência[9]. Com o progresso do modelo social, foi introduzida a ideia de que a deficiência está, também, ligada a um contexto histórico e coletivo, bem como à educação, aos costumes e à cultura de uma época e de um local. Tal mudança de paradigma deslocou o debate para a necessidade de que as legislações e políticas públicas aprofundassem no tema da deficiência:

> Houve, portanto, uma inversão na lógica da causalidade da deficiência entre o modelo médico e o social: para o primeiro, a deficiência era resultado da lesão, ao passo que, para o segundo, ela decorria dos arranjos sociais opressivos às pessoas com lesão. Para o modelo médico, lesão levava à deficiência; para o modelo social, sistemas sociais opressivos levavam pessoas com lesões a experimentarem a deficiência[10].

Assim, a deficiência passou a ser, majoritariamente, o resultado da interação de um corpo com lesão e uma sociedade, levando-se em consideração todo o contexto social, político, econômico e legal desta, bem como os reflexos que estes fatores possuem na inclusão ou segregação da pessoa com deficiência. Nessa perspectiva, considera-se o grau de dificuldade para a inclusão social e não apenas a constatação de uma falha sensorial ou motora. E é nesse sentido que, posteriormente, surge a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), que, como fruto do desenvolvimento da ICIDH, traz abordagem complementar que considera os estados de saúde em interação com elementos sociais. Sendo proposta mais aberta que fazia interagir os dois modelos de deficiência (médico e social), a classificação serviu como base para o conceito de pessoa com deficiência, posteriormente adotado pela ONU[11]. Tal conceito encontra-se no art. 1 da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 6.949 de 2009:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.
>
> Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.[12]

No Brasil, especialmente em relação à redação original do Código Civil de 2002, a interpretação da expressão "deficiência" e demais termos conexos, havia sido absorvida de forma muito abstrusa. Foi na intenção de ajustar os institutos civis para promover a inclusão do indivíduo com deficiência, que o Estatuto da Pessoa com Deficiência acabou por adotar intepretação que altera substancialmente o regime das incapacidades de fato e o instituto da curatela[13]. Neste sentido, esse estatuto, utilizou a conceituação que mescla os modelos social e médico de pessoa com deficiência, já que considera a 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".[14]

3. HISTÓRICO DO TRATAMENTO DISPENSADO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O movimento de integração entre os diversos países do mundo fomentou e expôs a necessidade de empreender esforços para a regulação das ações que influenciam os sujeitos globais. Assim, busca-se, através das regulamentações internacionais, o equilíbrio e coerência na atuação dos Estados soberanos. O Direito Internacional surge, então, como instrumento viabilizador das normatizações e possui o escopo de nortear comportamentos e solucionar conflitos entre as legislações dos vários países. Nesse contexto, relacionando-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se tal fato ao tratamento dispensado às pessoas com deficiência, tem-se que a Convenção Internacional Sobre o Direito das Pessoas com Deficiência teve grande influência na promulgação da Lei nº 13.146/2015, uma vez que o propósito da expedição da referida lei era adequar a regulamentação pátria à convenção, da qual o Brasil é signatário.

Ainda que as pessoas com deficiência não tenham, hoje, a devida atenção, essa realidade já foi muito pior no contexto brasileiro. Anteriormente, o país não dispensava esforços ou se preocupava com a situação das pessoas com deficiência, limitando-se a mencionar a necessidade de manutenção da isonomia entre os indivíduos na Constituição Federal. Entretanto, com o passar do tempo e com a evolução da proteção às liberdades civis, direitos humanos e garantias fundamentais, característica do Estado Democrático de Direito, houve o estabelecimento de uma maior e melhor proteção jurídica às pessoas com deficiência.

O histórico e os respectivos contextos sociais e políticos são essenciais para a compreensão do tema, e será de grande valia para que se chegue a uma conclusão do problema de pesquisa apresentado.

3.1 O caminho até a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência: progresso nas Constituições

A existência social e a presença de pessoas com deficiência no Brasil e no mundo não é novidade ou tema desconhecido. Entretanto, a preocupação com a proteção dessas pessoas, vulneradas, é tema recente. As primeiras constituições do Brasil não previam especificamente a temática e o Estado não se posicionava como agente protetor dessa parcela do corpo social.

No contexto histórico brasileiro, a disposição mais próxima e correlata ao assunto foi tratada, inicialmente, na Constituição do Império do ano de 1824 a partir do regramento da isonomia que, entretanto, se limitava ao estabelecimento de que a lei seria igual para todos[15]. Com a queda do Império, instalou-se o novo sistema institucional da república e federação que, posteriormente, acarretou a insurgência do período do constitucionalismo republicano, que perdurou de 1891 a 1930. Em 1891, portanto, foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

promulgada nova Carta do Brasil republicano, federativo, presidencialista, herdado da tradição europeia e acercado ao influxo norte-americano, em cuja órbita gira até hoje sob a égide de um presidencialismo constitucional.[16] Nessa Constituição, permaneceu a previsão da igualdade, agora sendo estabelecida através da máxima "todos são iguais perante a lei"[17]. Permanecia, portanto, o tratamento insuficiente ao tema das pessoas com deficiência, visto que este se dava de forma genérica e não específica.

Somente no ano de 1934, com a promulgação de uma nova Constituição de caráter mais social, que foi trazido ao ordenamento brasileiro, de forma mais específica, disposição acerca das pessoas com deficiência. Em seu artigo 113[18], ainda se estabelecia a igualdade de todos perante a lei. Entretanto, no artigo 138 foi estabelecido que incumbia à União, Estados e Municípios o amparo e assistência aos deficientes, criando serviços especializados aos desvalidos[19]. Em que pese o tema acerca das pessoas com deficiência ter sido tratado especificamente, não foi observado grandes avanços ou influências práticas que determinassem a inclusão, diminuição do preconceito e afastamento da segregação social vivida por esses indivíduos. Além disso, há de se destacar que a referência à pessoa com deficiência do dispositivo era através do termo "desvalidos", vocábulo este que é demasiado depreciativo.

Merece destaque, ainda, a menção constitucional à educação eugênica[20], que consistia em um ideal perseguido pelo Estado a fim de que se alcançasse a "normalização" da educação[21]. Tal aspiração não tinha, de forma alguma, intenção inclusiva. O que, pelo contrário, queria o legislador do texto Constitucional da época era a repressão do relacionamento entre pessoas consideradas "diferentes". Percebe-se, portanto, que a previsão de assistência aos deficientes tratava-se de ação estatal camuflada que apenas possuía a intenção de dissimular a realidade de segregação e discriminação existente no país.

A constituição de 1934 teve breve e precária existência, posto que vigeu apenas até a Constituição de 1937. A partir daí, no contexto dessa nova Constituição, denominada "polaca", iniciou-se o período de ditadura do Estado Novo. Nesse cenário não houve grandes avanços da ideia de "igualdade",além de suprimir a menção específica aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

deficientes existente na Constituição anterior. O dispositivo constitucional que mencionava o assunto era apenas o artigo 122[22].

Posteriormente, no ano de 1945, caiu o regime de exceção e, no ano seguinte, foi instituída nova Constituição. A Carta de 1946, retomou a linha democrática de 1934 e manteve o direito à igualdade em seu artigo 141[23] e, no artigo 157[24], houve breve menção ao direito à previdência para o trabalhador que se torne inválido[25]. É nesse contexto em que foi constituída a Organização das Nações Unidas, através de documento de fundação nomeado "Carta das Nações Unidas". Com o intuito de reforçar as determinações desse documento, em 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, em seu artigo 25 fez menção expressa à pessoa com deficiência, à época denominada "inválida":

> Artigo XXV. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle[26].

Percebe-se, portanto, que apesar de uma maior preocupação com as pessoas com deficiência, materializada pela criação e manutenção de instituições que contribuíssem para a inclusão social desses indivíduos, permaneceu a utilização de termo para referenciá-los que, de certa forma, diminuía-lhes seu valor.

A Constituição de 1967 manteve as disposições acerca da igualdade[27] e da garantia previdenciária[28], nos moldes do diploma de 1946, e através da Emenda n.º 1 (1969) resguardou a igualdade em seu artigo 153, parágrafo primeiro[29], ao mesmo passo que introduziu grande inovação ao dispor em seu artigo 175, §4º[30] acerca da educação aos excepcionais. Essa foi a primeira menção expressa à promoção das pessoas com deficiência[31]. Apesar desse grande avanço o termo adotado ainda não era o ideal e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

permanecia, portanto, com uma carga valorativa e qualitativa que exprimia a desvalorização da pessoa com deficiência observada à época.

Posteriormente, outra Emenda à Constituição de 1967 (Emenda nº 12, promulgada em 1978)[32]trouxe uma relevante inovação ao texto constitucional, que passou a refletir a intenção de proteção às pessoas com deficiência, no plano prático. Entretanto, ainda que a emenda tenha demonstrado a preocupação em proteger a pessoa com deficiência, esta não foi incorporada ao texto, ficando ao seu final. Ou seja, pode-se afirmar que ela foi "segregada", o que deixa transparecer a preocupação de proteger, sem incluir[33].

Assim, percebe-se que somente há uma real preocupação de proteção e, ao mesmo tempo, inclusão das pessoas com deficiência, com o instrumento que é considerado marco de um novo arcabouço jurídico-institucional do país, que é a Constituição de 1988. Tal carta permitiu a efetivação de direitos sociais, com ampliação das liberdades civis e garantias individuais. Nesta Constituição, diversos são os artigos que preveem, além das disposições genéricas[34], disposições que asseguram os direitos das pessoas com deficiência[35]. Contudo, muito havia - e ainda há - que se aperfeiçoar, principalmente pelo fato de a Constituição atual (1988) ser regida por normas programáticas que expressam extrema dificuldade de aplicação concreta.

Além das garantias constitucionais específicas às pessoas com deficiência, a Constituição marca o início do Estado Democrático de Direito cujo pressuposto é a dignidade da pessoa humana. Assim, desde a constituição, os juristas buscam uma interpretação normativa voltada à proteção do indivíduo, especialmente daqueles que por longo período de tempo foram marginalizados, discriminados e tiveram suas liberdades restringidas.

Contudo, considerando o plano internacional, o Brasil apenas se adequou, formalmente, à evolução do pensamento acerca do tema em 2015, quando foi sancionada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, fundamentada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Convenção encontra-se em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal do Brasil e entrou em vigor no país, no plano jurídico externo, em e 2008, sendo promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 2009, data de início de sua vigência no plano interno[36].

Foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que promoveu a materialização da preocupação com a garantia do gozo dos direitos humanos e de liberdade fundamental às pessoas com deficiência no Brasil. Anteriormente, o que se tinha eram preceitos genéricos e superficiais que não davam ênfase à real situação desses indivíduos e não lhe garantiam, de fato, proteção e cuidado.

3.2 A evolução no âmbito do Direito Civil: alterações na Teoria das Incapacidades e, por conseguinte, nos institutos da curatela e interdição

Historicamente, tem-se que as primeiras noções acerca de capacidade e, consequentemente, a primeira Teoria das Incapacidades, que levam à evolução do pensamento em relação às pessoas com deficiência, surgiram na obra de Augusto Teixeira de Freitas. As raízes das reflexões de Freitas vieram do Direito alemão, francês e português que refletiram em seu esboço do Código Civil Brasileiro, em que introduziu a ideia de capacidade jurídica e, já nessa época, preocupou-se em distinguir as noções de personalidade jurídica, capacidade jurídica, capacidade civil, capacidade de direito, capacidade de fato, incapacidade de direito, incapacidade de fato absoluta e incapacidade de fato relativa.[37]

Freitas elaborou uma complexa Teoria das Capacidades com conceitos e sistematização técnicos, embora estes fossem, ainda, incipientes. À época, pouca era a preocupação efetiva com relação à capacidade das pessoas e, consequentemente, com as implicações e efeitos na sociedade brasileira, principalmente no que concerne às pessoas com deficiência. Dos conceitos trabalhados por este autor, há de se destacar, a distinção entre as capacidades de fato e de direito, bem como os conceitos do que seriam as incapacidades de fato absoluta e relativa. Tais definições estão estreitamente ligadas à evolução do pensamento acerca das pessoas com deficiência, bem como a evolução da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Teoria das Incapacidades e o desenvolvimento e necessária mudança dos Institutos da Curatela e Interdição. Assim, tem-se que Freitas conceituava a capacidade de direito como "grau de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem, atos que não lhe são proibidos" e a capacidade de fato como "aptidão ou grau de aptidão, das pessoas de existência visível para exercerem por si os atos da vida civil". Nesse sentido, Teixeira de Freitas entendia que a diferença entre a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa não estava no grau de discernimento do incapaz, mas na abrangência da sua incapacidade.[38]

Ainda, no contexto de elaboração do esboço do Código Civil no século XIX, determinou-se que as pessoas absolutamente incapazes seriam (i) as pessoas por nascer; (ii) os menores impúberes; (iii) os alienados declarados por tais em juízo; (iv) os surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito; e (v) os ausentes declarados por tais em juízo. Já os incapazes relativamente seriam: (i) os menores adultos; (ii) as mulheres casadas; (iii) comerciantes falidos declarados por tais em juízo; e (iv) os religiosos professos. De acordo com o pensamento deste autor, tanto aqueles considerados "alienados"[39] quanto os "surdos-mudos"[40], por exemplo, necessitavam de representação para todos os atos da vida civil, sendo que os atos e negócios jurídicos praticados por relativamente ou absolutamente incapazes eram considerados nulos já que havia limitação à forma de exerce-los ou ao exercício de determinadas funções da vida civil.

O esboço de Freitas, entretanto, não foi levado à projeto de Código Civil brasileiro, o que foi realizado por outros autores, como, Nabuco de Araújo – que não veio a finalizar seu projeto; Joaquim Felício dos Santos – que não obteve êxito no projeto; e Antônio Coelho Rodrigues – que também não alcançou sucesso com seu projeto[41]. Somente em 1916, com Clóvis Beviláqua, houve a transformação de um projeto no primeiro Código Civil brasileiro. Este cravou raízes e se transformou, junto ao esboço de Teixeira de Freitas, em uma das principais fundamentações e bases para a Teoria das Incapacidades. Beviláqua concretizou a ideia de que capacidade civil seria dividida em duas, quais sejam, capacidade de direito e capacidade de fato:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Em 1º de janeiro de 1917, entrou em vigoro Código Civil de 1916. O novo diploma civil cuidou de regulamentar a capacidade civil, que foi dividida em capacidade de direito e capacidade de fato. A primeira era conferida a todas as pessoas naturais, tendo o legislador adotado um conceito de capacidade de direito coincidente com o de personalidade. Por sua vez, a capacidade de fato determinava a aptidão da pessoa de exercer, por si só, os direitos que titularizava e estava ligada à idade e ao estado de saúde mental da pessoa[42].

Beviláqua presumia que os absolutamente incapazes seriam aqueles que não possuíam nenhum discernimento para a prática dos atos da vida civil, enquanto os incapazes relativos seriam aqueles que possuíam discernimento incompleto[43]. O critério, portanto, passou a ser a intensidade da redução de discernimento, ou seja, de acordo com as restrições de discernimento do indivíduo lhe seria atribuída a incapacidade absoluta ou relativa, bem como também era considerado o critério da idade, da prodigalidade[44] e da qualidade de silvícola.

Entretanto, há de se mencionar que a determinação de hipóteses de incapacidades no ordenamento jurídico que consideram o discernimento dos indivíduos faziam com que, no que se refere à instituição da curatela e interdição, fossem aplicados os conceitos de forma genérica, sem considerar aspectos particulares dos indivíduos com deficiência. Neste sentido, como bem menciona Pereira, há de se perceber que existem diversas categorias de deficiência que devem ser analisadas de forma mais profunda:

> A enfermidade e a deficiência mentais importam em incapacidade absoluta, estando genericamente abrangido pelo Código Civil qualquer estado de insanidade. A questão da fixação do alcance da alienação mental quanto à incapacidade do paciente é árdua, tanto na ciência jurídica quanto na ciência médica em razão da imensa diversidade que podem assumir os estados patológicos e a gradação variadíssima de sua extensão nas qualidades psíquicas do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> enfermo, desde a esquizofrenia declarada e franca, facilmente perceptível pelo aspecto de seu portador até os distúrbios menos pronunciados que só a experiência do especialista consegue diagnosticar. [45]

A decisão do legislador e aplicador do direito em se determinar, de forma genérica, as hipóteses em que as pessoas se enquadrariam demonstrava o interesse na preservação do patrimônio e não às condições existenciais dos indivíduos.

No projeto inicial de Beviláqua, tinha-se que eram absolutamente incapazes: (i) os nascituros; (ii) os menores de quatorze anos de ambos os sexos; (iii) os alienados de qualquer espécie[46]; (iv) os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade; e (v) os ausentes declarados tais em juízo e relativamente aqueles maiores de quatorze anos, enquanto não completarem vinte e um anos[47]. Enquanto aos relativamente incapazes, eram (i): os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos; (ii) as mulheres casadas, durante a sociedade conjugal; (iii) os pródigos e (iv) os silvícolas.

A título de consideração histórica, o projeto original sofreu alterações após passar pela Câmara Revisora e pelo Congresso Nacional (CN) e se consubstanciou no Código Civil de 1916. Neste foi mantido o esquema de capacidades de Beviláqua, fazendo-se alterações apenas nas hipóteses das incapacidades absolutas ou relativas[48]. Com a mudança de paradigma de Freitas para Beviláqua, definiu-se que as pessoas consideradas absolutamente incapazes precisam ser representadas para todos os atos e as relativamente incapazes precisariam ser assistidas, não se levando em consideração as características individuais de cada pessoa com deficiência.

Com o advento do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002), em sua versão original que se manteve até a promulgação da Lei nº 13.146/2015, considerava-se que:

> Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
>
> I – os menores de dezesseis anos;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
>
> III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.
>
> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
>
> III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
>
> IV – os pródigos[49].

A preocupação do dispositivo continuou a ser de cunho patrimonial, sendo contrária ao ideal da Constituição de 1988 que determina que todos os indivíduos são dotados de dignidade humana e livre exercício da personalidade. Ainda que coubesse ao curador a administração da pessoa do curatelado, o exercício da curatela no plano das questões existenciais não merecia condicionamento legal específico[50]. Assim, não foi considerada a importância das relações sociais concretas das pessoas com deficiência. Não se considerava que certas deficiências não importam em ausência total de discernimento para todos os atos da vida civil, o que implicava em não respeito à dignidade da pessoa humana.

Por influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a crescente mudança do pensamento acerca dos direitos destes, foi promulgado o Estatuto das Pessoas com Deficiência, o que repercute, diretamente, nos Institutos da Curatela e Interdição, vez que o funcionamento destes institutos se desenvolve sob a égide do entendimento da Teoria das Incapacidades, que foi profundamente modificado com a promulgação da lei. Assim, por essa Lei, foi revogado os incisos do art. 3º do Código Civil[51], deixando como única hipótese de incapacidade

absoluta a do menor de dezesseis anos. Quanto à incapacidade relativa, a nova lei altera as hipóteses[52] e "abandona a enfermidade ou doença como critério de incapacidade, anunciando que a deficiência não gera, por si só, e nem é causa automática da configuração da incapacidade"[53].

Tal mudança provoca reflexos no regime da curatela e interdição. Tradicionalmente, a instituição da curatela às pessoas com deficiência, por meio de decretação de interdição, era determinada sem que houvesse verdadeira análise casuística e particular. Suprimia-se, sem qualquer ressalva, o direito das pessoas com deficiência, restringindo qualquer manifestação de autonomia e dando amplos poderes ao representante. Entretanto, há de se perceber que os instrumentos que integram o sistema especial de proteção vão além da concepção formal e abstrata de igualdade, já que o intuito é alcançar uma igualdade material e substantiva em sua dupla dimensão: redistribuição e reconhecimento de identidades[54]. Neste sentido, Menezes expressa:

> O principal contributo da Convenção está exatamente no reconhecimento da autonomia e da capacidade das pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais, como pressupostos de sua dignidade e de sua participação na vida social, familiar e política. Afinal, a autonomia, substrato material da capacidade de agir, constitui uma necessidade humana da qual decorrem vários direitos. Todos têm, em menor ou maior medida, uma capacidade de agir. É certo que o discernimento é a baliza que orienta o exercício dessa capacidade, especialmente, quando as escolhas que se pode fazer trazem efeitos jurídicos para a esfera pessoal ou de terceiros. O foco, porém, está no discernimento necessário e não no diagnóstico médico de uma deficiência psíquica ou intelectual per si.[55]

Desta forma, percebe-se que houve uma modificação da Teoria das Incapacidades que provocou uma evolução do pensamento, no que concerne à retirada de identificação entre deficiência e incapacidade. Entretanto, há necessidade de conformação dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

institutos para que se promova uma avaliação pessoal e casuística do discernimento dos indivíduos para, só então, determinar-se a amplitude da interdição e curatela. A consideração de que cabe à pessoa o controle de sua própria vida é elemento fundamental que dignifica o ser humano. Como corolário lógico, deve-se atentar à extensão e, principalmente, à interpretação e aplicação dessas novas alterações trazidas pela nova lei que veio influenciar fortemente o campo do Direito Civil, particularmente nos institutos da curatela e interdição.

3.3. Análise do instituto da curatela antes e depois da lei 13.146/2015

O ponto de partida do Estatuto da Pessoa com Deficiência foi garantir o direito à igualdade, tanto no que se refere às oportunidades e de tratamento, bem como assegurar o real exercício de direitos e da própria personalidade das pessoas com deficiência ao mesmo tempo em que promovesse sua proteção. Assim, assegurou-se a autonomia pessoal, prezou-se pela acessibilidade, pelo reconhecimento das garantias fundamentais dessas pessoas, pela sua inclusão na comunidade a partir de uma vida independente e digna e pela erradicação de toda e qualquer forma de discriminação.

A deficiência não gera automaticamente a incapacidade e a capacidade admite gradações entre plenamente capazes e absolutamente ou relativamente incapazes. Anteriormente à Lei nº 13.146/15, considerava-se que aqueles que eram absolutamente ou relativamente incapazes não possuíam condições de agir, completa ou parcialmente, de acordo com a própria autodeterminação e, portanto, suas manifestações de vontade não eram juridicamente observadas. Ficavam submetidos à uma curatela que imoderadamente concedia poderes quase absolutos ao curador para gerir todos os atos da vida civil das pessoas com deficiência mental seja ela total ou parcial.

A partir do advento da lei, passou-se a considerar fatores que antes não eram considerados pelo legislador e doutrinadores como o fato de ser a curatela medida protetiva extraordinária e restrita a atos de natureza patrimonial. Nesta senda, Madaleno entende por curatela:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A curatela é um encargo conferido a alguém, para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade, que não pode reger sua vida sozinha e, em especial, administrar os seus bens. Serve a curatela como uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e deve durar o menor tempo possível (EPD, art. 84, § 3º[56]), sendo restrita a interdição aos atos de natureza negocial e patrimonial, sem afetar, no entanto, os direitos de ordem pessoal, que permanecem íntegros.[57]

Assim, somente se impossível ou restrito o exercício da capacidade civil, a pessoa que não a exerce, ainda que parcialmente, precisa ser representada ou assistida legalmente por outro que realizará determinados atos em seu nome. Entretanto, deve haver uma limitação dessa concessão de poderes para que não se retorne ao estágio de restrição completa da expressão da vontade humana, já que historicamente nas normatizações brasileiras a curatela era medida que se impunha de modo completo e ilimitado às pessoas consideradas incapazes em razão da saúde mental[58].

De acordo com a concepção trazida pelo Código Civil de 2002 (redação original) a curatela era instituto vocacionado à conservação do patrimônio daquele considerado incapaz e que, por vezes, era interditado e impedido de exercer quaisquer atos da vida civil. Utilizava-se, portanto, da curatela e interdição sob a justificativa de serem estes os instrumentos aptos a promover a proteção das pessoas com deficiência. Nesse sentido, preleciona Pereira:

> Incidiam na curatela todos aqueles que, por motivos de ordem patológica ou acidental, congênita ou adquirida, não estavam em condições de dirigir a sua pessoa ou administrar os seus bens, posto que maiores de idade. A curatela é, em sua gênese, um instituto de proteção ao incapaz, àquele que não tem condições de cuidar de si, principalmente, e de seu patrimônio. Por isso é nomeado alguém que o auxilie neste intento.[59]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Entretanto, com a mudança de paradigma, principalmente após a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), adveio a compreensão da necessidade de se oferecer não somente a proteção das pessoas com deficiência, mas também a promoção das situações existenciais da pessoa humana submetida à curatela. É neste sentido que se manifesta Rosenvald[60], ao dizer que "a curatela deve ser fundada em circunstâncias excepcionais, motivada invariavelmente na proteção da pessoa que padece de transtornos mentais permanentes e jamais em punição pelo fato de comportar-se de modo diferenciado". Para o autor, a subjetividade é edificada e afirmada na diuturna superação das vulnerabilidades.

A curatela, portanto, deve ser casuisticamente examinada e ajustada à efetiva necessidade daquele que se pretende proteger. É importante observar que a interdição e a curatela - enquanto 'procedimento' e 'instituto assistencial', respectivamente - não desapareceram, havendo, em verdade, experimentado uma flexibilização[61]. Desta forma, pode-se inferir que o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe a partir de sua promulgação, principalmente no que tange ao funcionamento e aplicação do instituto da curatela, a consagração de que mais restritas são as hipóteses em que há a sua instituição, não mais devendo ocorrer de maneira indiscriminada, e de forma diversa. Nesse sentido, o Estatuto mitiga os poderes do curador aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não alcançando o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto da pessoa com deficiência.

4. CONCLUSÃO

Ao analisar a conceituação do termo "deficiência" desde as primeiras referências a esse tema em nosso ordenamento jurídico, até chegarmos ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, observou-se um contexto de transição do paradigma conceitual de um modelo biomédico para um modelo que mescla o conceito médico e o social da deficiência, em que se passou a considerar as barreiras incapacitantes, que dificultam ou impedem o pleno gozo de direitos e liberdades individuais das pessoas com deficiência. Nesse sentido, o Estatuto

da Pessoa com Deficiência adotou a conceituação deste modelo social/médico da pessoa com deficiência, buscando-se observar as características peculiares de cada indivíduo para a instituição da curatela e eventual interdição.

Ao analisar os reflexos do Estatuto da Pessoa com Deficiência em relação à Teoria das Incapacidades, percebe-se que houve profundas mudanças ao desvincular as ideias de deficiência e incapacidade, já que, este Estatuto, previu expressamente que a deficiência não afetará a plena capacidade civil da pessoa, a qual terá assegurado o direito ao exercício dessa capacidade em igualdade de condições com os demais. Nessa perspectiva, ao reestruturar o instituto da curatela, este estatuto trouxe grande avanço na regulamentação dos direitos à essas pessoas, passando a permitir e respeitar sua autonomia privada, possibilitando, na medida em que possam ser exercidas, as liberdades fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência. Brasília: 4. ed. *Revista, ampliada e atualizada*, 2011.

BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHERM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o termo deficiência. Rev. *Latino-Am. Enfermagem*. v. 18, n. 4. [09 telas]. jul-ago 2010.Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf. Acesso em: 10 de jun. 2019.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. São Paulo: v. 15, n. 40, p. 155-176, set-dez. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext. Acesso em: 10 de jun. 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824).* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 14 jun. 2019

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916.* Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.1, de 17 de outubro de 1969.* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973* – Código de Processo Civil**.** Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 22 de jun. 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 12, de 17 de outubro de 1978.* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc12-78.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, outubro de 1988.* Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Aces so em: 10 de jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 de jun. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.* Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015* – Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 10 de jun. de 2019.

BRASIL, *Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015.* Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Publicada no Diário Oficial da União 6 de julho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 de jun. 2019.

BUCHALLA, M. C. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. *Acta fisiátrica*, v.10 n. 1, 2003 p. 29-31, 2003. Disponível em:http://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102426/100749. Acesso em: 04 de maio 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro*. 2013. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2013. Disponível em:http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8J8M/teixeira_de_freitas_e_a_hist_ria_da_teoria_das_capacidades_no_direito_civil_brasileiro_disserta_o_felipe_quintella_1.pdf?sequence=1. Acesso em 24 abr. 2019.

CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. A teoria das capacidades no direito brasileiro: de Teixeira de Freitas e Clovis Bevilaqua ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 13-34.

DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. Coleção: Primeiros Passos. v. 324. São Paulo: Editora Brasiliense; 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil.* v. 1. 19. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 35-64.

LAGO JR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8. jul-set. 22 p. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.06.PDF.Acesso em: 10 abr. 2019.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com

Deficiência. *Revista Eletrônica de Direito Civil:* Civilistica. Ano 4. n. 1. Rio de Janeiro, p. 1-34, jan-jul 2015. Disponível em:http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil:* esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. 1952. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/363870304/Esboco-de-Codigo-Civil-Vol-1-Teixeira-de-Freitas. Acesso em: 10 de jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes.* 1975. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 20 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Disponível em: https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.* Disponível em:https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 13 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CIF: *Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde.* Tradução e revisão de Amélia Leitão. Lisboa. 2004. 238 p. Disponível em:https://www.dgs.pt/estatisticas-de-saude/documentos-para-download/classificacao-internacional-de-funcionalidade-incapacidade-e-saude-cif-pdf.aspx. Acesso em: 06 abr. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Relatório mundial sobre a deficiência (World Reporton Disability).*The World Bank. Tradução: Secretaria dos Direitos da Pessoa com Deficiência do Governo do Estado de São Paulo, 2011. Disponível em:https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44575/9788564047020_por.pdf;jsessionid=BB06F79B4A4584217E90A3FB1DF5A08C?sequence=4. Acesso em: 15 abr. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 24. ed. v. 1. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 26 ed. v. 5. rev. e atual. Por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

ROSENVALD, Nelson. Aplicação no brasil da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência.*Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIB.,* n. 4 ter,julio, 2016. Disponível em: http://www.revista-aji.com/articulos/2016/num4-ter/123-143.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

SCHRAMM, Fermin Roland. A bioética de proteção: uma ferramenta para a avaliação das práticas sanitárias? *Revista Ciência & Saúde Coletiva*. 2017, p. 1531-1538. Disponível em:http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n5/1413-8123-csc-22-05-1531.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista Bioética*. 2008, p. 11-23. Disponível em:https://www.ghc.com.br/files/BIOETICA%20DE%20PROTECAO.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Da distonia do regime de incapacidade civil. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SILVA NETO, Orlando Celso da; RODRIGUES JR, Otávio Luiz (Coord.). *Direito Civil Contemporâneo II:*XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 269-285. Disponível em: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/66fsl345/oy1ux21y. Acesso em: 20 abr. 2019.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GUSELLA, Gabriela Azeredo; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. O procedimento da interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015. In O labirinto da codificação do Direito Internacional Privado***: Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional,*** Vitória, 2017. p. 35-50.

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* Porto Alegre, n. 37, p. 291-310, dez. 2017. Disponível em: https://cebid.com.br/wp-content/uploads/2018/03/77546-329374-1-PB.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

STANCIOLI, Brunelo; PEREIRA, Fábio Queiroz. Princípios que regem incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 101-114.

VÍTOR, Paula Távora. *A administração do património das pessoas com capacidade diminuída*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NOTAS:

[1] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG, Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIPAC-Ubá e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Professora Assistente de Direito Civil da Universidade Federal de Viçosa-MG. Coordenadora do projeto de extensão denominado, INSTAURAÇÃO DO POSTO AVANÇADO DO CEJUSC NO LABORATÓRIO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA - MG, Coordenadora do projeto denominado ATENDIMENTO JURÍDICO EM DIREITO DE FAMÍLIA PARA PESSOAS DE BAIXA RENDA: uma proposta de melhoria do acesso à justiça da Universidade Federal de Viçosa – MG. Coordenadora da Consenso - Empresa Júnior do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa – MG. CV: http://lattes.cnpq.br/3621505062633503.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[2] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa-MG. Especializando em Direito Empresarial pelo Ibmec.

[3] DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. Coleção: Primeiros Passos. v. 324. São Paulo: Editora Brasiliense; 2007.

[4] DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. Coleção: Primeiros Passos. v. 324. São Paulo: Editora Brasiliense; 2007.

[5] HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 35-64.

[6] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.* Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 13 abr. 2019.

[7] BUCHALLA, M. C. A Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. *Acta fisiátrica*, v. 10 n. 1, 2003 p. 29-31, 2003. Disponível em:http://www.revistas.usp.br/actafisiatrica/article/view/102426/100749. Acesso em: 04 de maio 2019.

[8] DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. Coleção: Primeiros Passos. v. 324. São Paulo: Editora Brasiliense; 2007, p. 15.

[9] BAMPI, Luciana Neves da Silva; GUILHERM, Dirce; ALVES, Elioenai Dornelles. Modelo social: uma nova abordagem para o termo deficiência. Rev. Latino-Am. Enfermagem. v. 18, n. 4. [09 telas]. jul-ago 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v18n4/pt_22.pdf. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[10] DINIZ, Débora. *O que é deficiência*. Coleção: Primeiros Passos. v. 324. São Paulo: Editora Brasiliense; 2007, p. 23.

[11]HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 35-64.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[12]ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência.*Disponível em: https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

[13] HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 35-64.

[14]BRASIL*, Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015.* Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Publicada no Diário Oficial da União 6 de julho de 2015.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[15] Art. 179, XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um (BRASIL, 1824).

[16] BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. *Estudos Avançados*. São Paulo: v. 15, n. 40, p. 155-176, set-dez. 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[17] Art. 72, § 2º - Todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1891).

[18] Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1) Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas (BRASIL, 1934).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[19] Art. 138. Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar (BRASIL, 1934);

[20] Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas: [...] b) estimular a educação eugênica (BRASIL, 1934);

[21] O ideal de educação para boa parte dos eugenistas estava associado à formação da consciência eugênica com o intuito de que os jovens não contraíssem matrimônio com raças e classes sociais diferentes. Tinha em vista que os casais pudessem gerar filhos eugenizados em número maior que os degenerados. Para tal fim, seria necessário que os jovens contraíssem matrimonio de forma antecipada, concorrendo para a formação de uma elite nacional. Ou seja, os jovens considerados eugenicamente sadios, deveriam ter filhos logo no início do matrimônio, de forma que o número de filhos fosse maior do que em casais degenerados, contribuindo assim para a formação do país (ROCHA, 2014, p.6).

[22]Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes - 1º) todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1937).

[23]Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1946).

[24] Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: [...] XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte (BRASIL, 1946).

[25] O termo “inválido”, à época, era utilizado para se referir à pessoa com deficiência, termo este que, como já dito, possui intensa carga depreciativa.

[26] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.* Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em 13 abr. 2019.

[27] Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Pais a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei. (BRASIL, 1967).

[28] Art. 158 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte. (BRASIL, 1967).

[29] Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos têrmos seguintes: § 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça (BRASIL 1969).

[30] Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. [...] § 4º. Lei especial sobre a assistência à maternidade, infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais. (BRASIL, 1969).

[31] ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: 4. ed. Revista, ampliada e atualizada, 2011.

[32]Artigo único. É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante: I - educação especial e gratuita; II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do País; III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

serviço público e a salários; IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos (BRASIL, 1978).

[33] ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência. Brasília: 4. ed.*Revista, ampliada e atualizada*, 2011, p. 69.

[34] 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).

[35] Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal

e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte: VIII — a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: IV - habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino (BRASIL, 1988).

[36] HOSNI, David S.S. O conceito de deficiência e sua assimilação legal. In: PEREIRA, F.Q; MORAIS, L.C.C; LARA, M.A. (Org.). *A Teoria das Incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência.* Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 35-64.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[37] CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro*. 2013. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2013. Disponível em:http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8J8M/teixeira de freitas e a hist ria da teoria das capacidades no direito civil brasileiro disserta o felipe quintella 1.pdf?sequence=1. Acesso em 24 abr. 2019.

[38] FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil:* esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. 1952. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/363870304/Esboco-de-Codigo-Civil-Vol-1-Teixeira-de-Freitas. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[39] FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil:* esboço. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. 1952. Disponível em: https://pt.scribd.com/document/363870304/Esboco-de-Codigo-Civil-Vol-1-Teixeira-de-Freitas. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[40] Por surdos-mudos que não sabem dar-se a entender por escrito, Freitas considerava ser aqueles que eram incapazes por impossibilidade física de manifestação exterior da vontade, e até certo ponto também por impossibilidade moral.

[41] ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

[42] ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação.* Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 53-55.

[43] CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro*. 2013. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2013. Disponível em:http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8J8M/teixeira de freitas e a hist ria da teoria das capacidades no direito civil brasileiro disserta o felipe quintella 1.pdf?sequence=1. Acesso em 24 abr. 2019.

[44] Pessoa que dilapidava o patrimônio de forma descontrolada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[45] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* introdução ao direito civil e teoria geral de direito civil. 24. ed. v. 1. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 232.

[46] Termo utilizado para se referir às pessoas com deficiência.

[47] CARVALHO, Felipe Quintella Machado de. *Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro*. 2013. 241 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2013. Disponível em:http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8J8M/teixeira_de_freitas_e_a_hist_ria_da_teoria_das_capacidades_no_direito_civil_brasileiro_disserta_o_felipe_quintella_1.pdf?sequence=1. Acesso em 24 abr. 2019.

[48] Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I. Os menores de dezesseis anos; II. Os loucos de todo o gênero; III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade; IV. Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

[49] BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 de jun. 2019.

[50] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Eletrônica de Direito Civil:* Civilistica. Ano 4. n. 1. Rio de Janeiro, p. 1-34, jan-jul 2015. Disponível em:http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

[51] Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos (BRASIL, 2002).

[52] Redação atual do artigo: Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa

transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos.

[53] SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* Porto Alegre, n. 37, p. 297, dez. 2017. Disponível em: https://cebid.com.br/wp-content/uploads/2018/03/77546-329374-1-PB.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

[54] LAGO JR, Antônio; BARBOSA, Amanda Souza. Primeiras análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito Civil Contemporâneo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 8. jul-set. 22 p. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.8.06.PDF.Acesso em: 10 abr. 2019.

[55] MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo no Brasil após a Convenção sobre Proteção da Pessoa com Deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista Eletrônica de Direito Civil:* Civilistica. Ano 4. n. 1. Rio de Janeiro, p. 6-7, jan-jul 2015. Disponível em:http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/01/Menezes-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

[56] Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas[...] § 3o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

[57] MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 1585.

[58] SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS.* Porto Alegre, n. 37, p. 291-310, dez.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2017. Disponível em: https://cebid.com.br/wp-content/uploads/2018/03/77546-329374-1-PB.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

[59] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil:* direito de família. 26 ed. v. 5. rev. e atual. Por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 473.

[60] ROSENVALD, Nelson. Aplicação no brasil da convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência.*Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, IDIB.,* n. 4 ter,julio, 2016. Disponível em: http://www.revista-aji.com/articulos/2016/num4-ter/123-143.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019, p. 130.

[61] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. v. 1. 19. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 7-10.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA PELO STF – VIOLAÇÃO AO PRINCIPIO DA LEGALIDADE (RESERVA LEGAL)

MAYCKY FERNANDO ZENI: Advogado. Graduado em Direito pela UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, SC. Curso de Aperfeiçoamento para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado de Santa Catarina – ESMPSC; Curso de Atualização Jurídica – LFG. Pós Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina – Campus Joaçaba, SC; Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Verbo Jurídico, Porto Alegre, RS; Membro Estadual da Comissão de Direito Bancário da Ordem dos Advogados do Brasil – Santa Catarina.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre a violação ao principio da legalidade (reserva legal) com a criminalização da Homofobia pelo STF.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the violation of the principle of legality with the criminalization of homophobia by the STF due to the omission of the Brazilian National Congress. ADO 26 and MI 4.733 expanded the concept of the crime of racism Law 7,716 / 89), for such discrimination related to sexual orientation and LGBT gender identity.

PALAVRAS CHAVE: CRIMINALIZAÇÃO – HOMOFOBIA – STF – ADO 26 – MI 4733 – VIOLAÇÃO – PRINCIPIO – LEGALIDADE.

Keywords: homophobia and criminalization.

Sumário: 1. Introdução; 2. Omissão do Estado Brasileiro. Violação ao principio da dignidade da pessoa humana; 3.Flexibilização das garantias do processo de criminalização das condutas.; 4. Etapas do processo legislativo. Conceito; 5.Violação do principio da Legalidade pelo STF no julgamento da ADO 26 e MI 4733; 6. Conclusão; 7. Referencias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. **Introdução.**

A criminalização da homofobia pelo STF vem em afronta ao principio da Legalidade (reserva legal), pois somente o Poder Legislativo poderia criminalizar a homofobia, bem como a outros tipos penais.

2. **Omissão do Estado Brasileiro. Violação ao principio da dignidade da pessoa humana.**

É certo verificarmos uma certa omissão por parte do Estado Brasileiro na proteção dos direitos da comunidade LGBT, onde existe grande violação aos princípios fundamentais, notadamente o principio da dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1, III da CF.

Senão vejamos:

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

III - a dignidade da pessoa humana;

É certo que existe muito discriminação contras as referidas comunidades LGBT, que a Lei deveria assegurar a sua proteção e punir atos de discriminação, e criminalizar condutas, mas somente a Lei poderia o fazer, e não o STF, sendo que atribuímos certa parte da responsabilidade a omissão do Legislador, ao Congresso Nacional por sua omissão ao tratar do tema.

3. **Flexibilização das garantias do processo criminalização das condutas.**

É vedado constitucionalmente quando se visa flexibilizar as garantias que cercam o processo da criminalização das condutas, pois somente pode ser feita por Lei, respeitado todo o processo legislativo.

O principio da legalidade não permite de nenhuma forma a criminalização da homofobia sem passar pelo processo legislativo, sem o crivo do poder legislativo.

4. **Etapas do processo legislativo. Conceito.**

São seis as etapas ou fases que o processo legislativo deve seguir: I**niciativa, discussão, deliberação (ou votação), sanção ou veto, promulgação, publicação.**

Alguns autores também dividem o processo em três fases:

introdutória**, constitutiva e complementar.**

O doutrinador JOSE AFONSO SILVA, 2006, p.42, conceitua o processo legislativo da seguinte forma:

Processo legislativo é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados pelos órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis" (SILVA, José Afonso da. Processo Constitucional de Formação das Leis.2.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.42)

Discorre sobre o tema o autor ALVARO AMBROSIO, 2009, p.81:

"Processo legislativo é o conjunto de disposições que disciplinam o procedimento da elaboração das espécies normativas (art. 59 da Constituição Federal). A não observância dessas disposições acarretará a inconstitucionalidade". (AMBROSIO, Julie Ivy Álvaro.. Direito Constitucional: estude para o exame da ordem /(compilação Ambrósio, Julie Ivy Álvaro). – 1ª ed. São Paulo: Universo Editorial, 2009.p.81.)

5. **Violação do principio da Legalidade pelo STF no julgamento da ADO 26 e MI 4733.**

Não é crível que ao julgar as ADO 26 e o MI 4.733, o STF expandisse o conceito do crime de racismo (Lei 7.716/89), para as referidas discriminações relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero LGBT.

Segundo o doutrinador **JULIO FABRINI MIRABETE, 2016, p. 39,** com referencia ao principio da legalidade nos diz que:

O principio da legalidade (da reserva legal) está inscrito no artigo 1º do CP, "não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem previa cominação legal." Representa ele talvez a mais importante conquista de índole politica, constituindo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

norma básica de direito penal moderno. Na nova CF em redação superior as anteriores, dispõe-se que " não há crime sem lei anterior que o defina, em pena sem previa cominação legal (artigo 5º, XXXIX)

Pelo principio da legalidade alguém só pode ser punido se anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere crime.

Comentando ainda o principio da legalidade o doutrinador **CELSO DELMANTO, p.77, 2010**, preleciona que:

NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA (LEGALIDADE): Somente a lei, criada com a observância dos princípios e das regras constitucionais fixadas para sua devida elaboração**, pode determinar o que é crime, e indicar a pena cabível. Deve, portanto, ser lei federal, oriunda do congresso nacional. Veda-se, portanto, punição com base no direito objetivo (que abrange o uso e costumes), admitindo-se a criminalização de condutas e sua punição com fundamento no direito positivo, ou seja, objeto de lei (ius positum), lembrando-se a máxima NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE SCRIPTA (não há crime nem pena sem lei escrita). Isto não impede contudo, que a favor da liberdade possam os usos e costumes influenciar a resposta penal, chegando a afastar por vezes, a própria subsunção da conduta ao tipo penal (vide nota no artigo 13 sob a rubrica – principio da adequação social), a antijuridicidade (CF., no artigo 23 do CP, a nota causas supralegais de execução da antijuridicidade), ou a culpabilidade(vide nota, não exigibilidade de conduta diversa, nos comentários ao artigo 22 do CP). A proposito, afirma CLAUS ROXIN (derecho penal, cit., p.161) que o direito consuetudinário para " efeito de atenuar e eximir a responsabilidade" é admissível sem** restrições**, "exatamente igual a analogia associada ao réu.**

Quanto as medidas provisórias previstas no artigo 62 da CR, elas nãopodem **ser aplicadas no campo penal. A fim de afastar qualquer discussão a respeito, a EC n.32, de 11.9.2001, modificou a redação do artigo 5º, XXXIX passando a vedar expressamente em seu novo paragrafo 1º, I, b, edição da medida provisória tratando de Direito Penal, Processual Penal e Processual Civil.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Deve-se abrir exceção todavia quando a medida provisória editada for favorável a liberdade do investigado, acusado ou condenado, ainda que em desacordo com a citada vedação constitucional, com decorrência do principio favor libertatis.

O STJ em julgamento recente aplicou o entendimento no sentido de que houve violação ao principio da legalidade penal com referencia a multa ambiental aplicada pelo IBAMA, entendimento este que deveria ter sido seguido pelo STF.

Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AMBIENTAL. FUNDAMENTO EM PORTARIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA AUTARQUIA **FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior fixou entendimento de que não é cabível a aplicação de multa ambiental sem a expressa previsão legal em respeito ao princípio da legalidade (AgRg no REsp. 1.164.140/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 21.9.2011; (AgRg no REsp. 1.144.604/MG, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 10.6.2010). 2. Agravo Regimental da Autarquia Federal a que se nega provimento.**

(STJ - AgRg no AREsp: 557714 MG 2014/0191120-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/03/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2019)

Ainda citamos outros precedentes do STJ:

ADMINISTRATIVO. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AMBIENTAL. FUNDAMENTAÇÃO***. PORTARIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.***

1. É vedado ao IBAMA instituir sanções sem expressa previsão legal. Precedentes: AgRg no REsp 1.144.604/MG, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 20.5.2010, DJe 10.6.2010; REsp 1.050.381/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 16.12.2008, DJe 26.2.2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

***2. Questão já enfrentada pelo STF, no julgamento da ADI-MC 1823/DF, ocasião em que restou determinada aimpossibilidade de aplicação pelo IBAMA de sanção prevista unicamente em portarias, por violação do Princípio da Legalidade. Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp. 1.164.140/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 21.9.2011).**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA AMBIENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. PORTARIA. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. IMPROVIMENTO.

1. É vedado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA impor sanções punitivas sem expressa autorização legal. Precedentes.

***2. Agravo regimental improvido* (AgRg no REsp. 1.144.604/MG, Rel. *Min*. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 10.6.2010).**

Entendemos que o STF andou na contramão dos princípios ***constitucionais***, violando de forma cristalina o da reserva legal, este (o STF) guardião máximo da Constituição Federal, por criminalizar a homofobia e expandir a ele o conceito dos crimes de racismo, o que irá com certeza causar muitas dúvidas aos operadores do Direito, até porque serão considerados crimes imprescritíveis e inafiançáveis, sendo que ficará a responsabilidade a doutrina e a jurisprudência definir as condutas e os fatos típicos.

6. Conclusão.

Ad argumentadum tantum chega-se a conclusão de que houve desrespeito ao principio da reserva legal, pois houve uma expansão do poder punitivo do Estado e diga-se de passagem criminalização esta pelo STF que não detém competência constitucional para legislar, muito menos editar normas, pois a expansão do poder punitivo do Estado irá gerar uma grande insegurança jurídica, tanto para os advogados, quanto delegados de policia, promotores, juízes e Tribunais Superiores.

7. Referencias.

AMBROSIO, Julie Ivy Álvaro.. **Direito Constitucional: estude para o exame da ordem** /(compilação Ambrósio, Julie Ivy Álvaro). – 1ª ed. São Paulo: Universo Editorial, 2009.

DELMANTO, Celso, **Código Penal Anotado**, Editora Saraiva, 8ª Edição, São Paulo, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabrini, **Manual de Direito Penal**, Editora Atlas, 32ª Edição, São Paulo, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**.2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STJ - AgRg no AREsp: 557714 MG 2014/0191120-0, **Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, Data de Julgamento: 28/03/2019, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/04/2019.

STJ - AgRg no REsp. 1.164.140/MG, **Rel. Min. HUMBERTO MARTINS**, DJe 21.9.2011.

STJ - AgRg no REsp. 1.144.604/MG, **Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO**, DJe 10.6.2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESGUARDOS FINANCEIROS DO FORNECEDOR DE PRODUTOS E SERVIÇOS PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ASPECTOS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

ARTHUR ALEXANDRE LEITE E SILVA: Graduado em Direito e especialista em Direito Público pela Faculdade Paraíso do Ceará, FAP-CE. Advocacia focada em Licitações e Contratos Públicos, Improbidade Administrativa, Direito Administrativo em geral, Direito Previdenciário e Direito Penal. Sócio do escritório Leite & Silva Advogados.

RESUMO: A Lei Geral de Licitações – n° 8.666/1993, apesar de colocar a Administração Pública em posição de supremacia em relação aos particulares, também fornece a estes elementos de resguardo dos seus interesses. Somam-se a esses, outros instrumentos espalhados pela Constituição da República e pela jurisprudência pátria. O estudo e sistematização do assunto é de suma importância, pois dá aos licitantes meios de combater os arbítrios de gestores desonestos, que, muitas vezes, utilizam-se da posição superior da Administração para sufocar financeiramente aqueles que não aceitam os arranjos e conluios armados entre políticos e os empresários apaniguados, os "amigos do rei", mormente em escala municipal. Nesse sentido, o tema é dos mais relevantes para a concretização do princípio da isonomia nas contratações públicas, bem como para a defesa da probidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Princípio da Isonomia. Licitações. Contratos administrativos. Salvaguardas do fornecedor.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou, no Brasil, um novo paradigma em relação às licitações e aos contratos administrativos, por meio de uma série de limitações à discricionariedade dos gestores. Assim, no mar das contratações públicas, a regra é a licitação, excetuada por ilhas, onde se faz possível a contratação direta, sem licitação.

Sob outro enfoque, reforçou-se o caráter democrático e isonômico dos processos licitatórios, pois não basta licitar, mas há que se garantir a participação do maior número possível de interessados, situação que garante também outro importante objetivo, que é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração. Para tal, é imperativo que sejam exigidos apenas os requisitos estritamente necessários para garantir a idoneidade do contratado e sua capacidade de entregar o bem ou serviço em questão.

Seguindo essa linha, veio a Lei 8.666/1993, conhecida como Lei Geral de Licitações, que apesar de passível de críticas, como tudo na vida, obedeceu bem aos parâmetros delineados pelo Poder Constituinte. Como se sabe, todavia, nem sempre, ou quase nunca, aliás, as leis se fazem cumpridas em sua integralidade de forma imediata, e muitos hábitos escusos e ilegítimos continuam a acontecer pelos intrincados ramos da Administração Pública. Isso é particularmente verdade no âmbito dos municípios, especialmente os de pequeno porte, onde a fiscalização popular e estatal não se faz presente em sua plenitude.

É consabida a famosa prática patrimonialista existente em grande parte da Administração Pública brasileira. Tão logo o sujeito logra eleger-se ou ser indicado para um dado cargo, passa a tratar a coisa pública como se extensão do seu patrimônio fosse, e negociar vantagens e benefícios com quem lhe oferece mais, favorecendo seus apadrinhados e oferecendo empreguinhos nos famosos cabides. E faz isso sentindo-se um grande filantropo. “Caridade” às custas do dinheiro do povo.

Diante desse quadro, não basta garantir que todos possam, em tese, participar e vencer as licitações, pois quando um licitante sério vence um certame a contragosto dos donos do poder, estes utilizam-se dos mais diversos artifícios para sufocá-lo: demora no pagamento, exigências ilegais na entrega, exigência de contratação nos últimos dias do ano, para dificultar a entrega e recebimento dos bens e serviços e mil outras maquinações.

Por isso, a lei também trouxe resguardos para o fornecedor, a fim de que este, após a entrega do bem, não ficasse a ver navios, sem receber a justa remuneração, por retaliações de gestores mal-intencionados. É justamente esse o escopo do presente trabalho. Vejamos.

1 CUIDADOS E IMPOSIÇÕES LEGAIS PRÉVIAS À LICITAÇÃO E À ENTREGA DO BEM OU EXECUÇÃO DO SERVIÇO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De partida, é necessário recordar que o gestor público não pode lançar editais de licitação a esmo, sem quaisquer cuidados. Tal conduta poderia culminar em situações nas quais, após adquirir o bem ou serviço, a Administração se visse sem dinheiro para quitar seu débito. Por esse motivo é que a Lei 8.666/93, dispõe da seguinte forma:

> Art. 7º [...]
>
> § 2º **As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:**
>
> I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;
>
> II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
>
> III - **houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma**;
>
> IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.
>
> [...]
>
> Art. 14. **Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento**, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa (Grifos nossos).

Destarte, antes de iniciar uma licitação, o gestor deve avaliar se há dotação orçamentária apta garantir-lhe o pagamento. O raciocínio não poderia ser diferente, por força do quanto disposto no artigo 167, I, da CRFB:

> Art. 167. São vedados:

> I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
>
> [...]

Além disso, o retardamento da execução contratual é hipótese excepcional. Havendo recursos, deve a Administração manter a execução do contrato, de acordo com o teor do art. 8º, parágrafo único da Lei 8.666/1993:

> Art. 8º [...]
>
> Parágrafo único. É proibido o retardamento imotivado da execução de obra ou serviço, ou de suas parcelas, se existente previsão orçamentária para sua execução total, salvo insuficiência financeira ou comprovado motivo de ordem técnica, justificados em despacho circunstanciado da autoridade a que se refere o art. 26 desta Lei.

Com efeito, mais adiante, referido diploma reforça tal disposição, ao estatuir, no aludido art. 26, que o retardamento da execução contratual deve ser comunicada, "dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos".

Nessa toada, relevante se faz destacar a lição de Ronny Charles Lopes de Torres[1]:

> Da leitura do parágrafo único, verifica-se que é proibida a atitude do gestor que, assumindo novo mandato, omite-se na continuidade da execução das obras em andamento, apenas por terem sido iniciadas por seu antecessor, quando adversário político.

De fato, omitir-se na continuidade de uma obra, sem justificativa plausível, apenas por disputa política, constitui-se em ato de improbidade administrativa que causa dano ao erário, pois o Ente público já despendeu verbas no empreendimento e, simplesmente, abandoná-lo caracteriza-se como uma forma de desperdício e descaso. Interessante acrescentar que a paralização da obra costuma ocorrer por rixa não só com o antecessor político, mas também com o contratado, uma forma de perseguição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Embora desconheça-se julgados em que tal questão tenha sido posta, adota-se aqui a opinião de que o art. 8º, paragrafo único, cumulado com o art. 26 da Lei Geral de Licitações - LGL - exclui qualquer discricionariedade por parte do gestor sobre a continuidade das obras públicas, gerando, por conseguinte, direito líquido e certo da empresa contratada de que o contrato administrativo seja dado cumprimento. Nesse contexto, comprovada a existência das verbas destinadas à execução da obra, caberia àquela o manejo de mandado de segurança.

Por outro lado, sendo suspensa imotivadamente a execução por ordem da Administração por mais de 120 (cento e vinte) dias, o particular pode optar pela rescisão do contrato, como se lê no art. 78, XIV, da LGL.

2 PRAZOS E ETAPAS DO PAGAMENTO

Uma vez entregue o produto ou serviço, a Administração deve efetuar o pagamento, nos termos da proposta vencedora. Consoante teor do artigo 40, XIV, alínea "a", da Lei Geral de Licitações isso deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela.

Essa regra admite exceção, conforme dicção do art. 5º, §3º do mesmo diploma legal, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias a partir da apresentação da fatura, nos casos de pagamentos decorrentes de despesas cujos valores não ultrapassem o limite de que trata o inciso II do art. 24 (dispensa de licitação para bens e serviços que não sejam de engenharia ou obras).

A despesa pública, contudo, é dividida em etapas bem definidas, conforme dispõe a Lei 4320/1964. A primeira fase é a do empenho, que é instrumentalizado pelo documento chamado nota de empenho:

> Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.
>
> [...]
>
> Art. 61. Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> importância da despesa bem como a dedução desta do saldo da dotação própria.

Consoante remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a "nota de empenho emitida por agente público é título executivo extrajudicial por ser dotada dos requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade"[2].

É, também, importante que seja dito que, segundo o Tribunal de Contas da União, o momento limite para a realização do empenho e a consequente lavratura da nota de empenho é a assinatura do contrato administrativo. Em outras palavras, o empenho deve ser prévio ou contemporâneo à celebração do contrato[3]. Para o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, trata-se de uma garantia de que, ao assinar o contrato, o fornecedor terá meios legais de receber o seu crédito[4].

Após a emissão da nota de empenho, realiza-se a etapa da liquidação:

> Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
>
> Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
>
> § 1° Essa verificação tem por fim apurar:
>
> I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
>
> II - a importância exata a pagar;
>
> III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
>
> § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
>
> I - o contrato, ajuste ou acôrdo respectivo;
>
> II - a nota de empenho;
>
> III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Liquidada a despesa, emite-se a ordem de pagamento, consoante art. 64 da Lei 4.320/1964, para, só então, efetuar-se o pagamento, na forma do art. 65.

Contudo, a interpretação sistemática da legislação nos revela que todo este procedimento deve ser concluído nos prazos aludidos pelos arts. 5º, §3º e 40, XIV, "a", da LGL (vide item 1) e o desrespeito a eles possibilita ao contratado a execução da nota de empenho, como título constitutivo que é.

Caso a Administração se negue a emitir a própria nota de empenho, o mandado de segurança exsurge como via adequada para forçar a emissão do documento, desde que prove documentalmente a entrega do produto ou execução do serviço ou obra, por meio do termo circunstanciado de recebimento ou recibo, posto que trata-se de ato vinculado, ensejador de direito líquido e certo.

3 DIREITO À RESCISÃO E EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO

Apesar das considerações tecidas acima, no caso de obras e serviços de execução continuada, caso a Administração não efetue os pagamentos devidos, o particular contratado não pode suspender a execução antes de decorridos de 90 (noventa), inteligência do art. 78, LV, da LGL.

Nas lições de Celso Antônio Bandeia de Mello, trata-se da *exeptio non adimpleti contractus*, ou exceção do contrato não cumprido. Segundo o mestre, sua aplicação, passou a ser possível apenas com o advento do aludido diploma legal, pois antes entendia-se pela sua inaplicabilidade[5]. De toda forma, o instituto, pleno no âmbito no direito privado, tem sua aplicação restrita no terreno dos contratos administrativos.

Segundo o referido dispositivo, diante de tal atraso, cabe, ainda, ao particular, requerer que o contrato seja rescindido, caso a sua continuidade não mais lhe interesse. Ressalte-se que não se trata de hipótese de rescisão unilateral, que apenas é dada à Administração Pública, motivo pelo qual o particular deve requerê-lo judicialmente (art. 79, III), ou, na melhor das hipóteses, solicitar à própria Administração amigavelmente (art. 79, II).

4 A ORDEM CRONOLÓGICA DOS PAGAMENTOS

Outro instrumento de proteção ao particular contratado pela Administração encontra-se positivado na redação do *caput* do art. 5º da LGL:

> Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, **obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades**, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada (grifo nosso).

Comentando esse dispositivo, Ronny Charles Lopes de Torres salienta que o desrespeito à ordem cronológica dos pagamentos é prática que ainda ocorre, embora seja das mais nefastas, já que gera nichos de corrupção[6].

Continuando, o autor assim discorre, fechando seu raciocínio[7]:

> Assim, identificada a quebra ilegítima da ordem cronológica de pagamentos, deve-se, inclusive, admitir o liminar bloqueio dos pagamentos referentes a obrigações posteriores, até a quitação da despesa cronologicamente anterior. O desrespeito, pelo gestor, da ordem cronológica de pagamentos, exigida pelo legislador, é ato manifestamente ilegal, passível de ataque através de mandado de segurança ou outra medida processual pertinente.

Contudo, mais adiante, encontra-se a ressalva de que o mandado de segurança não se presta à cobrança dos valores, mas apenas a garantir o devido cumprimento da ordem cronológica[8].

Ressalte-se que não se trata, aqui, da ordem cronológica imposta aos pagamentos de precatórios, mas sim dos pagamentos feitos administrativamente, pelos próprios órgãos e entidades públicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5 O PAGAMENTO DE DÍVIDAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DECORRENTES DE SENTENÇA JUDICIAL

A despeito de todas as considerações acima, um problema prático ainda persiste: a sistemática dos precatórios, por sua intrínseca morosidade, quebra o ímpeto da maior parte dos fornecedores, principalmente se o volume de dinheiro devido pela administração é elevado e a empresa não tem capital de giro suficiente para manter sua saúde financeira sem o pagamento.

É complicado entrar numa guerra judicial, sabendo que, mesmo em caso de êxito, os louros da vitória só virão em dois, cinco, sete, dez anos. Nessa situação, ainda há um estímulo muito grande para que o sujeito entre no jogo dos donos do poder e das máfias que ainda se escondem pelos meandros da Administração Pública.

Em geral, esse problema é uma tranca ainda não aberta, um nó a ser desfeito, pois a necessidade de respeito à programação orçamentária, a escassez de recursos públicos e a falta de vontade política não permitiram uma solução alternativa, em larga escala, ao regime de precatórios. Acerca desse regime, é cirúrgica a lição de Matheus Carvalho. Assevera o autor que[9]:

> A penhora não surtiria os efeitos necessários, inclusive, pelo fato de que o orçamento público é garantia da execução contra o Estado, uma vez que os débitos judiciais serão inscritos e pagos com respeito à ordem cronológica de precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, o ente estatal é solvente e não depende da constrição judicial dos seus bens para garantir seus débitos.

O lado bom é que, em relação aos pagamentos de pequeno valor (conceito detalhado mais adiante), tem-se previsto no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e na Lei n° 12. 153/2009 (Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública) um procedimento que dá ao fornecedor meios efetivos de ação contra os arbítrios estatais, especialmente quando a Máquina Pública está nas mãos de gestores mal-intencionados. Vejamos, primeiramente a Constituição:

> Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

[...]

§ 3º **O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado**.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social (grifo nosso).

[...]

Em complementação a tal previsão, o ADCT estatuiu que:

Art. 87. **Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da Constituição Federal e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no § 4º do art. 100 da Constituição Federal, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a**:

I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal;

II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios.

Parágrafo único. Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido neste artigo, o pagamento far-se-á, sempre, por meio de precatório, sendo facultada à parte exeqüente a renúncia ao crédito do valor excedente, para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório, da forma prevista no § 3º do art. 100 (grifo nosso).

Como se pode ver, a Carta Maior e seu ADCT quiseram imprimir maior celeridade aos pagamentos a serem efetuados pela Fazenda Pública, no que tange aos débitos de menor valia. Trata-se do reconhecimento, pelo Constituinte, de que não há razoabilidade numa situação em que o credor de um pequeno montante tenha de esperar anos a fio para ver satisfeito seu débito.

Seguindo a linha de raciocínio acima, a Lei n° 12. 153/2009, em seu art. 13, assim dispõe:

> Art. 13. Tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, após o trânsito em julgado da decisão, o pagamento será efetuado:
>
> I – no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da entrega da requisição do juiz à autoridade citada para a causa, independentemente de precatório, na hipótese do § 3o do art. 100 da Constituição Federal; ou
>
> II – mediante precatório, caso o montante da condenação exceda o valor definido como obrigação de pequeno valor.
>
> § 1º **Desatendida a requisição judicial, o juiz, imediatamente, determinará o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão, dispensada a audiência da Fazenda Pública**.
>
> § 2º As obrigações definidas como de pequeno valor a serem pagas independentemente de precatório terão como limite o que for estabelecido na lei do respectivo ente da Federação.
>
> § 3º Até que se dê a publicação das leis de que trata o § 2o, os valores serão:
>
> I – 40 (quarenta) salários mínimos, quanto aos Estados e ao Distrito Federal;
>
> II – 30 (trinta) salários mínimos, quanto aos Municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 4º São vedados o fracionamento, a repartição ou a quebra do valor da execução, de modo que o pagamento se faça, em parte, na forma estabelecida no inciso I do caput e, em parte, mediante expedição de precatório, bem como a expedição de precatório complementar ou suplementar do valor pago.
>
> § 5º Se o valor da execução ultrapassar o estabelecido para pagamento independentemente do precatório, o pagamento far-se-á, sempre, por meio do precatório, sendo facultada à parte exequente a renúncia ao crédito do valor excedente, para que possa optar pelo pagamento do saldo sem o precatório.
>
> § 6º **O saque do valor depositado poderá ser feito pela parte autora, pessoalmente, em qualquer agência do banco depositário, independentemente de alvará**.
>
> § 7º O saque por meio de procurador somente poderá ser feito na agência destinatária do depósito, mediante procuração específica, com firma reconhecida, da qual constem o valor originalmente depositado e sua procedência.

É nítido que o referido dispositivo legal, na sua maior parte, repetiu as disposições constitucionais, mas trouxe duas inovações deveras interessantes, a saber: o bloqueio de numerário para cumprimento da sentença, nos casos de obrigações de pagar quantia certa de pequeno valor e a possibilidade de saque dos valores pelo credor independentemente de Alvará.

O bloqueio de verbas públicas para pagamento de requisições de pequeno valor - RPV constitui fortíssimo instrumento, capaz de concretizar a satisfação dos créditos de eventuais fornecedores perante a Administração, somado ao rito da execução de título executivo extrajudicial contra a Fazenda Pública, que segue o quanto previsto pelo Código de Processo Civil:

> Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

O bloqueio das verbas públicas para pagamento de RPV vem sendo bastante albergado pelo Judiciário. A título de ilustração, veja-se interessante julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná[10]:

> AGRAVO (CPC, ART. 557, § 1º) DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE EXPEDIÇÃO DE REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR (RPV) EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA TIP CONTRA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL - INOCORRÊNCIA DE PAGAMENTO NO PRAZO ESTIPULADO - SEQUESTRO DE NUMERÁRIO SUFICIENTE AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSSIBILIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA CONFIRMADA - RECURSO DESPROVIDO. "**Transcorrido o prazo estipulado para o Município pagar obrigação de pequeno valor e se mantendo ele inerte, o seqüestro do numerário suficiente ao cumprimento da obrigação é medida que se impõe**". (Ag.603.737-6/01 Rabello Filho TJPR). A Emenda Constitucional nº 62/2009 não se aplica aos débitos ou requisições de pequeno valor (Grifo nosso).

Ainda no que tange ao bloqueio de verbas públicas, cabe destacar a lição de Coutinho e Rodor, que lembram que no caso dos precatórios, o sequestro apenas seria possível na hipótese de preterição da ordem cronológica de pagamentos, mas a partir da EC 62/2009, a não alocação de verbas para a satisfação dos débitos judiciais também passou a autorizar tal medida[11].

Para concluir, insta destacar a possibilidade de saque dos valores depositados sem a necessidade de alvará, conforme §6º do art. 13 da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Embora pareça de somenos importância, lembre-se que, muitas vezes, a depender das condições locais do Judiciário, a parte pode aguardar um tempo considerável pela feitura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de um alvará. Além disso, o procedimento interno nos bancos, para checagem do referido documento, pode tomar uma manhã ou uma tarde inteiras. Sob esse enfoque, a previsão foi de grande ajuda.

CONCLUSÃO

Diante do quadro legal, jurisprudencial e doutrinário exposto, conclui-se que há, sim, alguns meios pelos quais os fornecedores de produtos e serviços podem garantir o recebimento de seus pagamentos, sem esperar uma vida inteira e sem ter que apelar para o apadrinhamento político. Passemos a um resumo de tais meios.

De partida, o Constituinte e o Legislador já proibiram o início de qualquer licitação sem a previsão expressa de recursos para o seu pagamento, sob pena de incorrer o gestor em improbidade administrativa e crime de responsabilidade, conforme o caso.

Além disso, a depender da situação, em cinco dias úteis a contar da apresentação da fatura ou em trinta dias a contar da entrega, caso não haja pagamento, já é possível manejar execução de título extrajudicial contra o ente inadimplente.

Caso o ente realize pagamentos oriundos de uma mesma dotação orçamentária fora da ordem cronológica, há a possibilidade de mandado de segurança visando impedir mais pagamentos fora de ordem.

Nos casos de débitos de pequeno valor, caso o ente não realize o pagamento em até sessenta dias a contar da expedição da RPV, é possível que se proceda ao sequestro de numerário suficiente para saldar a dívida.

Mesmo nos casos em que o valor deva ser pago mediante precatórios, caso haja desrespeito à ordem cronológica de pagamentos ou o ente não destine valores a esta finalidade em seu orçamento, é possível, também, o bloqueio das verbas públicas.

Em nenhum caso é cômodo a um credor depender de tantas providências, mas também no setor privado, há que se reconhecer que muitas execuções são conturbadas e há ocultação ou mesmo dilapidação proposital de patrimônio. Todavia, trata-se um risco natural que todo empreendedor corre. Nem tudo na vida é um mar de rosas e o que importa para o direito é oferecer meios de ação ao interessado, que deve empreender esforços para alcançar seu direito. Como diz o velho brocardo, o direito não socorre aos que dormem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo, 2º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações comentadas*, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

NOTAS:

[1] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações comentadas*, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 155-156.

[2] STJ, 2ª Turma, REsp 894726/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 29/10/2009. No mesmo sentido: REsp 1072083/PR, REsp 801632/AC, REsp 793969/RJ e REsp 704382/AC, dentre outros.

[3] TCU, Acórdão nº 1.404/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 11.03.2011.

[4] TCM-BA, Parecer n° 01605-17, Processo nº 05716-17, datado de 02.08.2017.

[5] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 630.

[6] TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações comentadas*, 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 114.

[7] Ibidem, p. 115.

[8] Ibidem, p. 115.

[9] CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo, 2º ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1085.

[10] TJPR, 2ª Camara Cível, Agravo 815055-4/01, Rel. Des. Cunha Ribas, j. 08/11/2011, DJe 24/11/2011.

[11] COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 1044.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

COTAS ESTIPULADAS PELO ARTIGO 93 DA LEI 8.213/91: CONFLITOS ENVOLVENDO O PREENCHIMENTO DAS COTAS EM ALGUMAS CATEGORIAS

LEVI MARCOS RODRIGUES DE OLIVEIRA: Curso Direito na Universidade Brasil, atuo profissionalmente como assistente jurídico na empresa UPBUS.

RESUMO: Este Trabalho tem por objetivo a análise da exposição e problematização envolvida na lei 8213 de 24 de julho de 1991, em seu artigo 93, avaliando conceitos e possibilidades de acordo com a sociedade moderna e leis vigentes. Na análise foi utilizado como fontes normas em vigor no ordenamento jurídico Brasileiro. O resultado demonstrado é a possibilidade real e necessária de exclusão de algumas categorias sem prejuízo aos PCDS ou Reabilitados.

Palavras – chave: PCDS, cotas, conflito, possibilidades, categorias

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CONFLITOS EXISTENTES NO PREENCHIMENTO DAS COTAS.

METODO POSSIVEL DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO. CONCLUSÃO. REFERENCIAS.

INTRODUÇÃO

A lei de cotas se fez necessária historicamente falando devido aos empecilhos criados pelas empresas que demonstravam preconceitos além da não aceitação, fechando assim a porta para os PCDs[1] e Reabilitados. Sendo assim se fez necessário a criação de uma lei que além de proteger conseguisse fazer a implementação desses no âmbito do trabalho, sendo publicada a lei de cotas em 1991, objeto de conflitos nos dias atuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este trabalho tem por objetivo trazer à tona conflitos envolvendo o preenchimento estabelecido na lei 8213/91 em seu artigo 93, avaliando possibilidades de exclusão de algumas categorias, conflitos de normas existentes bem como a eficácia da lei na atualidade, dificuldades no preenchimento das cotas em relação a empresa e deficientes ou reabilitados, utilizando como fontes a Constituição Federal, Leis, Sentenças e outros materiais que possa abordar a temática. O resultado obtido através das pesquisas deixa claro a possibilidade da criação de um Projeto de Lei com intenções de fazer alterações na lei que em certos pontos é omissa trazendo por consequência um grande conflito de normas que devera obedecer princípios, hierarquias e entendimentos, para só assim ser resolvido de maneira a não só a aplicação da lei morta más sim analisar todo um conceito fático para não cairmos na famosa frase de GEORGES RIPERT[2]: "Quando o Direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o Direito". Mostrando que as cotas estabelecidas na lei mencionada logo acima, não é tão simples quanto aparenta devendo se ter cautela em sua aplicação.

CONFLITOS EXISTENTES NO PREENCHIMENTO DAS COTAS

O preenchimento das cotas de deficientes físicos ou reabilitados está previsto no artigo 93 da lei 8.213/91 vejamos:

> *Artigo 93 da Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991*
>
> *Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:*
>
> *I - até 200 empregados.....2%*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II - de 201 a 500.....3%;

III - de 501 a 1.000.....4%;

IV - de 1.001 em diante. .....5%.

V - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015)

A referida lei não faz exclusão de certas categorias sendo assim é notável a problemática nos dias atuais, pois o artigo 7º inciso XXXI, da CF/88 é claro ao estabelecer que é vedado a discriminação pelo salário e critérios de admissão, sendo assim entra em conflito com a lei 8.213/91 pois ela estabelece que as cotas são contabilizadas no número total de funcionários da empresa até mesmo das categorias que o deficiente ou reabilitado não possa preencher por não possuir os requisitos de admissão.

Destarte, nota-se que em uma situação onde uma Empresa X, signatária no ramo de transportes públicos possuindo um total de 250 (duzentos e cinquenta) empregados, a lei 8.213/91 com fundamento no artigo 93 dispõe que a Empresa deverá ter um preenchimento de 3%(três por cento) que totaliza 7,5 funcionários PCDs ou Reabilitados.

A problemática começa a surgir no momento em que auferindo a realidade dos quadros da Empresa 50% (cinquenta por cento) ocupam a função de motorista, e como a lei de cotas computa o total de funcionários a Empresa irá encontrar dificuldades no preenchimento dessas cotas pois não poderá fazer admissão de PCDs para a função de motoristas, por expressa vedação legal de acordo com o artigo 147, inciso I do Código de Transito Brasileiro, que exigirá condição física e psíquica plena para a aquisição da CNH, ocorre que em

muitos casos os PCDs ou Reabilitados não preenche esses requisitos, não conseguindo assim a CNH e os que conseguem a CNH é apenas na categoria B, não conseguindo a CNH na categoria D necessária como requisito admissional para ocupar a função de motorista, não cumprindo assim com o requisito admissional, acarretando na dificuldade da Empresa em preencher este percentual de cotas uma vez que computa uma categoria cuja qual os PCDs ou Reabilitados não tem os requisitos admissionais necessários para seu devido preenchimento.

Sendo assim o total de cotas a ser cumprido deverá observar o princípio da razoabilidade, pois computando o número total explanado acima além das dificuldades em contratar, a empresa teria também dificuldades para encaixar tais contratados PCDs ou Reabilitados, pois o artigo 93 da lei da Previdência Social estipula o percentual sem a exclusão de cotas.

Ocorre que ao contratar automaticamente os empregadores terão que excluir tais categorias como: motoristas de ônibus, servente de obra, mestre de obra, chapeiros, marítimos entre outras áreas cuja quais os PCDs ou Reabilitados não preenchem os requisitos de admissão, ocasionando por tanto um desequilíbrio nas categorias internas fazendo com que muitas vezes as categorias internas não comportem o número de funcionários devido a quantidade suportada pelo setor.

MÉTODO POSSIVEL DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

Agora se pegarmos o mesmo exemplo e fazer a exclusão da categoria cuja qual o PCD ou Reabilitado não cumpre com os critérios admissionais, equilibraria a relação e a lei de cotas continuaria com a sua eficácia vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Empresa X número Total de funcionários 250 (duzentos e cinquenta) destes 50% (cinquenta por cento) é motoristas de ônibus, excluindo esta categoria, seria apenas computado para efeito das cotas o número de 125 funcionários devendo a Empresa X cumprir de acordo com a lei de cotas 2% (dois por cento), que seria 3 (três) funcionários PCDs ou Reabilitados, ocorre que futuramente iria causar um grande dano a inclusão dos PCDS e Reabilitados uma vez que iria diminuir drasticamente o número de cotas que de 7 (sete) cairia para 3 (três), contribuindo assim para futuras fraudes e meios audaciosos indo contra os conceitos e princípios da lei de cotas.

Destarte um método para solucionar a questão seria a edição da lei de cotas onde passaria a excluir as categorias cujo quais os PCDS e Reabilitados, não cumpririam com os requisitos admissionais estipulados no artigo 7º inciso XXXI, da CF/88, o que daria precedente para tais exclusões, e estipular em um § (paragrafo) único que o critério de preenchimento das cotas com a exclusão de certas categorias seria contabilizado pela porcentagem cuja qual a empresa deveria cumprir, com o número total de funcionários, ou seja iria só reduzir o número de funcionários mas continuaria tendo que cumprir a proporção contabilizada pelo número total de funcionários, como demonstra o exemplo a seguir:

Empresa X tem um total de 500 (quinhentos) funcionários deste total 250 (duzentos e cinquenta) ocupam a função de motorista, sendo assim como a lei autorizaria a exclusão de algumas categorias, logo a empresa X, teria que cumprir a proporção de 3% porem computará no cálculo apenas o número restante das demais categorias cujas quais os PCDS e Reabilitados podem atuar ou seja seria adotado para os efeitos do cálculo os 250 (duzentos e cinquenta) remanescentes ficando o cálculo 3% (três por cento) de 250

(duzentos e cinquenta) que irá totalizar 7,5, fazendo-se uma ressalva que nos casos em que o número ficar fracionado arredondaria automaticamente, devendo a empresa por tanto para efeitos de cumprimento das cotas contratar 8 (oito) funcionários PCDS ou Reabilitados.

Por oportuno, nos casos em que o número total de certa categoria que os PCDs ou Reabilitados não possa atuar mais que devido a exclusão acarretariam em mudanças na proporção estipulada em lei, nestes casos seria vedado a contabilidade pela proporção que restou de categorias que abrangem os PCDs ou Reabilitados, pois não seria possível mexer no percentual.

E para que a medida seja realmente efetiva, poderia também conter uma determinação onde os empregadores seriam abrigados a fazer um curso preparatório com duração razoável, objetivando o conhecimento especifico sobre os PCDs exemplo nesse curso conter matérias como libras entre outros, pois assim não seria apenas uma lei que só exige, mais uma lei que além de exigir demonstra uma finalidade social acessível e possível observando assim o princípio da razoabilidade e dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

Conforme a evolução humana ao passar dos tempos, se fez necessária instituir uma medida visando a proteção e a integralização dos PCDs e Reabilitados, cujos quais enfrentavam um problema que nos dias atuais ainda assombra a sociedade, foi assim instituída a lei 8213/91, passando a regulamentar o ingresso dos PCDs e Reabilitados no âmbito do trabalho.

Ocorre que com o passar dos anos, se faz necessária uma adequação a norma em vigor pois se tem um conflito com o artigo 7º XXXI da CF/88, onde a lei é omissa em alguns pontos passiveis de discussão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destarte o presente artigo cientifico, demonstrou de forma objetiva uma possibilidade de saneamento do conflito que atinge milhões de empresas bem como os PCDs e Reabilitados em todo o Brasil, sendo possível a edição da presente lei de cotas não com a intenção de beneficiar as empresas mais sim preencher as lacunas deixadas pela lei, aferindo a ela um contexto moderno e uma função social acessível, colocando um ponto final nas lacunas e possibilitando ainda mais o cumprimento da lei e acessibilidade dos PCDs no âmbito do Trabalho.

REFERENCIAS:

http://blog.handtalk.me/lei-de-cotas-pcds/

http://www.deficienteonline.com.br/lei-8213-91-lei-de-cotas-para-deficientes-e-pessoas-com-deficiencia___77.html

http://www.deficienteonline.com.br/lei-8213-91-lei-de-cotas-para-deficientes-e-pessoas-com-deficiencia___77.html

https://www.conjur.com.br/2017-fev-06/motoristas-nao-entrar-calculo-cota-deficientes

http://revistavisaojuridica.com.br/2017/08/28/lei-de-cotas-funcao-social-x-imposicao-normativa/

https://abrhsp.org.br/conteudo/abrh-sp-no-estadao/6o-forum-de-inclusao-de-pcds-acontece-sexta-em-campinas/

NOTAS:

[1] PCDs – Pessoas Com Deficiência

[2] GEORGES RIPERT - Foi um jurista francês notabilizado como civilista e comercialista.

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS ATUAIS DE SUCESSÃO TRABALHISTA

LUCAS FERNANDES POMPEU: Advogado-RS. Formando pela Universidade Católica de Pelotas - Ucpel.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo trazer um panorama atual do ponto de vista doutrinário e jurisprudencial da questão fenomenológica denominada “sucessão trabalhista”, suas origens, característica e implicações na esfera do direito do trabalho.

Palavras – Chaves: Sucessão Trabalhista. Proteção. Fraude. Estrutura Jurídica. Solução de Continuidade.

Índice: 1. Introdução 2. Princípio Da Condição Mais Benéfica 3. Sucessão Trabalhista 4. Características 5. Transferência De Unidade 6. Solução De Continuidade 7. Conclusão.

INTRODUÇÂO

O presente trabalho visa traçar um panorama geral e atual de um fenômeno recorrente junto às relações de trabalho, o qual possui sérias implicações tanto para a parte obreira, quanto também para a parte empregadora. Trata-se mais especificamente da questão da “sucessão trabalhista”, situação na qual uma determinada empregadora vem a ser substituída por outra, sendo que esta última passa a explorar a mesma atividade econômica, recorrentemente ainda no mesmo ponto comercial.

Primeiramente, a fim de bem abordar a matéria, imperioso se faz entender um princípio básico do direito do trabalho que dá todo um sustentáculo para a compreensão da ótica com que é tratada esta questão pelo nosso legislador e julgador: o princípio da condição mais benéfica ao obreiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, passamos a analisar a questão em si da sucessão trabalhista, sua definição, amparo legal e características principais. Aborda-se ainda, a todo tempo, questões de jurisprudência atual acerca do tema.

Por final, concluímos explicitando o ponto central do trabalho – sucessão – bem como esta matéria vem sendo abordada atualmente, conjuntamente com suas implicações à sociedade de um modo geral.

- **PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA**

Antes de adentrarmos ao campo da sucessão trabalhista propriamente, como já dito, é necessário entendermos de forma profunda as bases de nosso direito voltado às relações de trabalho. Dentro destas "bases", podemos citar os princípios norteadores destes ramos do direito, os quais, justamente amoldam todo o restante da legislação que neles se sustentam.

Primero entenda-se o que é princípio. Segundo ninguém menos que o renomado jurista Miguel Reale, princípios *"são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis".* [1]

Nesta linha prévia de conceituação, pode-se dizer então que os princípios, dentro da ciência do Direito, são normas amplas que visam determinados fins sociais, e que, com isto, dão sustentação ao sistema jurídico como um todo. São "diretrizes", "orientações" de caráter aberto, que visam sempre um determinado "fim", fins este cujas necessidades de preservação foram constatadas na vivência social ao decorrer de nossa própria existência como sociedade organizada. Em função das demandas mais intrínsecas justamente desta coletividade, os princípios dentro de nosso Direito vinculam e norteiam o entendimento de nossas leis de modo geral, seja para aplicá-lo – jurisprudência - ou para que criem-se novas normas em âmbito legislativo.

Isto posto, adentrando propriamente ao ramo do Direito do Trabalho, chegamos à compreensão de um de seus princípios basilares: princípio da condição mais benéfica. Decorrente de uma justificada proteção do trabalhador, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo visa garantir o mandamento constitucional relacionado ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI). Visa este a proteção de *"situações pessoais mais vantajosas que se incorporam ao patrimônio do empregado, por força do próprio contrato, de forma expressa ou tácita, (...)"* (Barros, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho, 6ª edição, pg. 182).

Por meio do princípio da condição mais benéfica, *"assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de forma que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior".**[2]***

Assim, com base no princípio acima citado, verifica-se que não só a legislação voltada às normas trabalhistas, como também o julgamento por parte de nossa justiça especializada deve pautar-se sempre por garantir e manter sempre que possível não só eventuais direitos, como também condições adquiridas/conquistadas que sejam mais benéficas aos trabalhadores de um modo geral. Trata-se basicamente de proteção mediante garantia, proteção esta de que as condições e direitos obtidos não sofrerão alteração ao decorrer do contrato de trabalho, visando com isto não preservar somente o obreiro em si, como também a todo meio ao qual o mesmo está inserido.

- **DA SUCESSÃO TRABALHISTA**

Imaginemos agora a hipotética situação: determinada empresa, a qual possui significativo quadro de funcionários, está por passar por uma crise financeira. Em determinado momento, os obreiros da mesma são surpreendidos com a notícia de que a empresa será fechada, mas que, entretanto, outra empresa assumirá o comando o estabelecimento, no mesmo ponto, explorando a mesma atividade comercial, mantendo os contratos de trabalho então vigentes.

Seguindo no exemplo, imagine que determinado empregado, após a troca de empresas, vem a ser demitido, e então, pleiteia na justiça especializada verbas atinentes ao seu contrato de trabalho anterior inadimplidas, período no qual ainda estava sob subordinação da antiga empresa, que veio a dar lugar a nova mencionada. Caberia a responsabilização da nova empresa por verbas que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

foram pagas ainda no tempo da empresa antecedente? Chega-se ao fenômeno então da sucessão trabalhista.

Em nossa legislação, a CLT assim refere:

> *Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.*

Veja, justamente com base na proteção da condição mais benéfica, a legislação trabalhista preceitua, de forma expressa, que a mudança na propriedade ou estrutura jurídica de uma empresa não afetará (implicará em modificação) junto aos contatos de trabalhos dos respectivos obreiros. A fim de ternar cristalina a preocupação, ainda se acrescenta que a alteração na estrutura da empresa em nada afeta eventuais direitos adquiridos.

A preocupação possui todo o fundamento. No exemplo citado acima, imagine que a empresa antecessora estava por passar sérias dificuldades financeiras. Assim, por meio de um estratagema legal, os sócios acabam por dar baixa no antigo CNPJ, e moldam de algum forma um novo, a fim de dar continuidade à exploração do ramo comercial. Alegariam, em tese, que as dívidas trabalhistas contraídas pelo antigo CNPJ “morreram” com o antigo CNPJ, sendo que após a sucessão pela nova empresa, esta deve responder somente pelo seu respectivo período de exploração. Não. Justamente isto, esta possibilidade de risco à parte mais fraca da relação – obreiro – é que a lei evita.

Ademais, ainda que não evidencie-se má-fé, ainda assim se está diante de inserção nas normais legais supracitadas, eis que, sabido que o que responde pelas dívidas da empresa é seu patrimônio. Entende-se que esta situação consolidada anterior de garantia no início do contrato de trabalho, com base no

princípio da condição mais benéfica, não pode ser posteriormente alterada por meio de uma modificação pura e simples na estrutura da empresa (seja por meio do nome que se queira dar, alienação, arrendamento, etc).

Nestes termos então, o obreiro demitido poderia, em tese, responsabilizar esta nova empresa sucessora por verbas atinentes ainda à sua relação com a empresa sucedida, eis que, conforme dicção legal, a modificação na estrutura jurídica não implica em perda e desproteção de seus direitos adquiridos.

No campo doutrinário, pode-se dizer ainda, perfeitamente, que a questão da sucessão trabalhista sustenta-se de igual forma nos princípios da continuidade da relação de emprego e intangibilidade objetiva do contrato de trabalho, quando se diz que este último não deve – ordinariamente - sofrer qualquer adulteração no seu objeto. Vai-se também ao encontro da questão da despersonalização da figura do empregador, uma vez que significativa parte da doutrina entende que o caráter personalíssimo do contrato laboral só se verifica em relação ao empregado.

3. CARACTERÍSTICAS

A questão da responsabilização pela sucessão, entretanto, não se dá em absoluto, possuindo certas características próprias já consolidadas pela nossa jurisprudência e doutrina.

No tema, Carmen Camino (*in* Direito Individual do Trabalho - 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. pp. 215/216) leciona:

> [...] *À luz da corrente tradicional, para que a sucessão de empregadores ocorra, é necessário que se preserve a mesma empresa e que a alteração de sua titularidade ou estrutura jurídica ocorra na constância da mesma relação de emprego. [...] assim, é necessário que exista um contrato de trabalho em execução, no qual se opera a sub-rogação do novo empregador na condição do antigo, passando o primeiro a se obrigar em relação aos direitos adquiridos do empregado, que não podem ser afetados ex vi legis (art. 10 da CLT).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já no campo da jurisprudência, sob a ótica de um entendimento clássico sobre a matéria, sedimentou-se a interpretação de que a sucessão trabalhista envolve dois requisitos básicos: que uma empresa (ou a parte desta) seja transferida para um outro titular e que não haja solução de continuidade na prestação de serviços pelo empregado. Significa basicamente que deve haver a necessária alteração da denominada estrutura jurídica, bem como que o serviço prestado não sofra qualquer forma de interrupção em sua continuidade durante esta alteração.

Neste sentido, inclusive, posicionou-se o TST:

> *SUCESSÃO TRABALHISTA. CARACTERIZAÇÃO. PROVA. ALCANCE TEMPORAL DA DECISÃO. RESPONSABILIDADE APENAS AO PERÍODO POSTERIOR À AQUISIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 8. OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO FAZER. TUTELA INIBITÓRIA. PROIBIÇÃO DA PRÁTICA HABITUAL DE HORAS EXTRAS. SÚMULAS 85, IV E 126, AMBAS DO TST. ART. 59/CLT. A sucessão de empregadores, figura regulada pelos arts. 10 e 448, da CLT, consiste no instituto justrabalhista em que há transferência interempresarial de créditos e assunção de dívidas trabalhistas entre alienante e adquirente envolvidos. A sucessão, em sua vertente clássica, envolve dois requisitos: a) que uma unidade econômico-jurídica seja transferida de um para outro titular e b) que não haja solução de continuidade na prestação de serviços pelo obreiro. A nova vertente interpretativa do instituto sucessório trabalhista insiste que o requisito essencial à figura é tão só a garantia de que qualquer mudança intra ou interempresarial não venha afetar os contratos de trabalho - independentemente de ter ocorrido a continuidade da prestação laborativa. Isso significa que qualquer*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mudança intra ou interempresarial que seja significativa, a ponto de afetar os contratos empregatícios, seria hábil a provocar a incidência dos arts. 10 e 448, da CLT. Cabe, ainda, reiterar que a noção tida como fundamental é a de transferência de uma universalidade, ou seja, a transferência de parte significativa do(s) estabelecimento(s) ou da empresa de modo a afetar significativamente os contratos de trabalho. Assim, a passagem para outro titular de uma fração importante de um complexo empresarial (bens materiais e imateriais), comprometendo de modo importante o antigo complexo, pode ensejar a sucessão de empregadores, por afetar de maneira importante os antigos contratos de trabalho. Desse modo, qualquer título jurídico hábil a operar a transferência de universalidade no Direito brasileiro (compra e venda, arrendamento, concessão, permissão, delegação etc.) é compatível com a sucessão de empregadores. É indiferente, portanto, à ordem justrabalhista, a modalidade de título jurídico utilizada para o trespasse efetuado. Na hipótese, o Tribunal Regional reconheceu a existência de sucessão trabalhista, ao fundamento de que a empresa sucessora explorou o mesmo empreendimento econômico, com idêntica atividade-fim, valendo-se dos empregados da empresa antecessora. Nesse contexto, a decisão do Tribunal Regional, que manteve a responsabilidade da ora Recorrente, encontra-se em plena harmonia com a ordem jurídica vigente, pois a sucessão trabalhista opera uma assunção plena de direitos e obrigações trabalhistas pelo novo titular da empresa ou estabelecimento - que passa a responder, na qualidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *de empregador sucessor, pelo passado, presente e futuro dos contratos empregatícios. Logo, o objeto de irresignação da Reclamada está assente no conjunto probatório dos autos e a análise deste se esgota nas instâncias ordinárias. Entender de forma diversa da esposada pelo Tribunal Regional implicaria necessariamente revolvimento de fatos e provas, inadmissível nesta instância de natureza extraordinária, diante do óbice da Súmula 126/TST. Agravo de instrumento desprovido. (ED-ARR - 753-70.2011.5.14.0061, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 04/10/2017, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/10/2017)*

Conforme visto, há uma visão clássica, e, entretanto, uma visão aplicada em menor escala atualmente, onde bastaria, em tese, a questão do repasse da estrutura jurídica da empresa sucedida, seja de que forma for. De qualquer modo, para operação da sucessão, mister se faz a comprovação de que houve a transferência da estrutura como um todo do empreendimento anterior, como uma unidade (e não pequena fração, ou apenas um ramo dos vários explorados anteriormente pela sucedida).

Para a caracterização da sucessão, explicando, é imperativo que a coisa, de forma unitária e coesa, passe das mãos de um para outro titular. Havendo, como dito acima, a transferência de apenas parte de um negócio, que não possa ser considerada uma unidade econômica produtiva, não se está, em tese, diante de sucessão. Para o entendimento clássico, necessária ainda a análise da questão de não ter ocorrido solução de continuidade na prestação dos serviços. O termo não é lá dos melhores, porém, é o utilizado por esta doutrina clássica. Solução de continuidade vem a ser, basicamente, interrupção na continuidade, extinção do contrato, fim, termo.

Vale o registro ainda que o simples fato de uma empresa ocupar o mesmo espaço que outra, ainda que no mesmo ramo comercial, não caracteriza sucessão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para fins trabalhista, como entendido pela nossa jurisprudência, como se observa de julgado do TRT da 4ª Região:

> *AGRAVO DE PETIÇÃO DO EXEQUENTE. SUCESSÃO DE EMPREGADORES. Evidenciado nos autos que a alegada sucessora se limitou a locar o espaço anteriormente ocupado pela executada principal, sem qualquer prova de que tenha entabulado com esta negócio jurídico para a continuidade das operações, não há falar em sucessão de empregadores. Agravo de petição do Sindicato exequente não provido. (TRT4 - Relator: Joao Batista De Matos Danda - Seção Especializada em Execução – 09/08/2018)*

4 . CONCLUSÃO

Basilar ne esfera trabalhista, a questão do reconhecimento da sucessão é um modo de proteger e garantir os direitos adquiridos dos trabalhadores, a fim de evitar futuras fraudes. Previsto legalmente na CLT, nada mais justo. Todavia, o instituto não é aplicado de forma automática, visto que, para sua configuração, mister se faz determinadas singularidades.

No campo jurisprudencial e doutrinário, há uma corrente clássica que entende que, para caracterização da sucessão, há a necessidade da transferência do estabelecimento como um todo, seja a que título for (venda, arrendamento, etc). Fora isto, esta corrente clássica entende ainda que, concomitante, a prestação do serviço não pode sofrer solução de continuidade. Ausente um destes elementos, não haveria sucessão. Há, entretanto, uma corrente mais moderna, ao que se depreende minoritária, a qual entende que basta a transferência da unidade empresarial como um todo.

Seja como for, cada caso passa por uma análise específica a fim de se auferir a presença ou não destes elementos caracterizadores, função que é outorgada, pela nossa CF/88, à justiça laboral especializada.

NOTAS:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

[1] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. P. 299.

[2] GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Manual de Direito do Trabalho*, 4. ed. rev e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, MÈTODO, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RELAÇÃO ENTRE MEDIAÇÃO E FELICIDADE NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

SARA BRÍGIDA FARIAS FERREIRA: Advogada em Marabá - PA. Bacharela em Direito pela UFPR. Pós-graduação: Universidade Cândido Mendes.

Prof.ª Dr.ª Priscila Jorge Cruz Diacov

(Orientadora)

Trabalho de Conclusão apresentado ao curso de Pós-graduação em Direito de Família, oferecido pela Universidade Candido Mendes – UCAM, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista, sob a orientação da Prof.ª Dr.ª Priscila Jorge Cruz Diacov.

Resumo: Este trabalho objetiva a demonstração de como o direito das famílias pode atuar na busca pela felicidade mediante a edificação de profissionais humanizados, devidamente preparados e altamente conscientes para trabalharem pela solução dos diversos conflitos familiares por meio de soluções extrajudiciais como fórmula sanadora de danos antigos, atuais e futuros. A solução por meio da mediação pode representar uma solução estruturada e duradoura, pois atinge a origem do problema. Tal maneira de resolução ainda não faz parte da cultura do judiciário, porém, felizmente, o Novo Código de Processo Civil implementa com maior clareza e precisão esta prática no cotidiano das relações conflituosas.

Palavras-chave: Família. Mediação. Felicidade.

Abstract: This paper aims at demonstrating how the right of families can act in the search for happiness through the building of humanized professionals, properly prepared and highly conscious to work for the solution of the various family conflicts through out-of-court solutions as a healing formula for old, current damages and futures. The solution through mediation can represent a structured and lasting solution as it reaches the source of the problem. Such a form of resolution is not yet part of the judiciary's culture, but fortunately, the New Code of Civil Procedure

implements this practice more clearly and accurately in the daily life of conflictual relations.

Key-words: Family. Mediation. Happiness.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 MEDIAR CONFLITOS FAMILIARES É PRECISO. 3 FELICIDADE E DIREITO. 4 MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO E FELICIDADE. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Dedicar-se ao direito das famílias é dispensar esforços aos sentimentos humanos. Não trata-se apenas de ditar leis e fazer cumprir direitos, mas enfrentar situações difíceis que cercam pessoas em situação de vulnerabilidade emocional e conflitos que envolvem a construção de suas identidades pessoais. Não é dificultoso visualizar um universo em que todos os seres possuem família e a maioria, em algum momento de suas vidas, vive em meio de dramas familiares.

Através da mediação, é possível perceber um novo viés jurídico que preocupa-se mais com a qualidade das relações humanas do que a simples efetivação da lei. Diante desse cenário, se verificará a importância da prática do ato de mediar e o motivo de sua implementação na última atualização do Código de Processo Civil.

Em seguida, se verá a relação entre felicidade e o direito. Nesse trecho será possível perceber que o direito pode participar do bem-estar subjetivo da humanidade, através de manobras que viabilizam a individualização e a autonomia das decisões.

Por último, explana-se sobre a importância de vincular a mediação ao direito das famílias como uma forma de sanar de forma permanente os

problemas com origens sentimentais. Acredita-se que, se as partes por si mesmas chegarem a uma solução, tal acordo seria mais legítimo do que a decisão de um terceiro estranho ao caso.

Sincronicamente, argumentará que a mediação é um instrumento promovedor de felicidade e solução de conflitos em suas origens.

2. MEDIAR CONFLITOS FAMILIARES É PRECISO

Como o antigo Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, não previa as audiências de conciliação e mediação, tais métodos são considerados modernidades implementadas pelo NCPC, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Tal incrementação ambiciona pôr à disposição do judiciário meios diferenciados de soluções de conflitos logo no início do processo.

Acreditava-se, inicialmente, que a conciliação reduzia o campo de atuação do profissional do direito. Porém, aos poucos, a ideia dos meios alternativos de conflitos foi disseminando-se, chegando ao Conselho Nacional de Justiça.

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos (2008, p. 46):

> (...) A mediação, os advogados poderão contribuir para uma comunicação construtiva e esclarecida entre as partes, em defesa dos legítimos interesses dos clientes. E atuarão como assessores jurídicos, prontos a dirimir as dúvidas que se apresentem.

A ministra Ellen Gracie orientou que houvessem audiências conciliatórias nos tribunais, pois, segundo o seu entendimento, além da economia temporal e financeira, “os magistrados terão mais tempo para se dedicar àqueles litígios que não se prestam à conciliação”. (CNJ,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2007). Seguindo a mesma direção, a ministra Eliana Calmon defende que "cabe à Justiça evitar a judicialização dos conflitos". (CNJ, 2001).

Nesse ponto de vista, conclui-se que as morosas atividades judiciárias são responsáveis por uma parcela do sofrimento humano, pois "o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angustia e infelicidade pessoal. " (CINTRA, 2015. p. 47).

Para Paulo Lôbo (2011. p. 50), a mediação é a solução extrajudicial de conflitos mais adequada para os casos que envolvam relações familiares:

> Isto porque por sua natureza os conflitos de família, antes de serem jurídicos, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, envolvendo sofrimento. (...) Sempre que possível, o juiz deve recomendar ao casal litigante a prévia tentativa da mediação, cujo resultado, se exitoso, terá probabilidade de se manter com maior estabilidade, afastando o renascimento do conflito.

Conforme previsto no NCPC, em seu artigo 334, caso a petição inicial preencha os requisitos determinados, receberá um despacho inicial positivo, determinando o réu para que apresente-se em uma audiência preliminar que será conciliatória ou mediatória. Caso o desinteresse do autor pela audiência conciliadora seja expresso em petição inicial, presume-se que a mesma foi aceita, exceto nos casos em que a lei proíbe a realização de autocomposição.

Segundo obra divulgada pela OAB:

> A disciplina da conciliação e da mediação (artigos 166 a 176 do novo CPC) aperfeiçoa os institutos, buscando,

> através deles, empreender mecanismos mais eficazes para a resolução consensual de conflitos (resolução nº 125 do CNJ). Nessa linha, o juiz, a requerimento das partes, poderá determinar a suspensão do processo enquanto as partes se submetem à mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar (artigo 709, § único). (AYUB, 2015. p.466)

A mediação diferencia-se da conciliação, já que esta última exige maior interação do profissional que a conduz. O momento conciliatório é aconselhado nos casos em que as partes não possuem convivência prévia, pois, de acordo com o Novo Código de Processo Civil, conforme art. 165, o conciliador possui papel ativo podendo sugerir ações para a resolução do caso. Ainda de acordo com a lei supracitada, de forma diversa, o mediador desempenha o seu trabalho perante acontecimentos em que os envolvidos possuem uma relação anterior ao fato discutido. Portanto, não serão dadas soluções como oferta posto que as próprias partes solucionarão por si mesmas a desarmonia.

É preciso proporcionar autonomia às soluções alternativas de conflitos para que estas apresentem resultados satisfatórios. (BACELAR, 2012. p. 37). Perante essa notável necessidade, a lei determina a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça:

> (...) Com exceção de alguns Estados que se encontram mais avançados, grande parte dos tribunais ainda não absorveu a necessidade de priorizar a política da conciliação e não criaram os CEJUSC's em quantidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> suficiente para atender essa demanda que a nova codificação impôs. (CNJ, 2015. p. 46).

Surge, com a modernização, a necessidade de garantir serviços prestados com qualidade por profissionais altamente qualificados, assim como torna-se importante a realização de uma supervisão eficaz, além de uma remuneração atrativa que possibilite a contratação de especialistas comprometidos com o trabalho. É preciso, conjuntamente, proliferar a mediação na esfera privada para abarcar mais adversidades, incluindo seu crescimento na esfera virtual.

A magnitude desse campo deve-se ao fato de que relações familiares não são sanadas de forma eficaz pelo direito processual. A sentença proferida pelo juiz julga os adversários e declara quem é culpado e quem é vítima, dado que este profissional não possui a função de intermediar as partes.

Nesse sentido, Roberto Portugal Bacellar (2012. p. 37) instrui que:

> Há dificuldades quase intransponíveis de ser ao mesmo tempo o juiz que participa da tentativa de mediação e que necessariamente se envolve em todas as circunstâncias da causa e com as próprias partes, e o juiz que julgará a disputa. Embora o juiz desempenhe vários papéis no processo, não é possível a ele julgar com imparcialidade e isenção, após ouvir dinamicamente os interessados e permitir a manifestação de seus desejos, emoções e necessidades. Mesmo que o juiz não apresente formalmente na fundamentação de sua sentença elementos captados na tentativa de mediação, certamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não conseguirá esquecê- los, e isso fará parte do seu livre convencimento.

A mediação e a conciliação, preferentemente, devem ser realizadas de forma pré-processual. Sua prioridade na ordem cronológica deve-se à possibilidade de término precoce do processo devido ao seu bom resultado sem a necessidade de uma ação, ou o fim de um processo com "resolução do mérito, através do pronunciamento homologatório da vontade das partes" (FIGUEIREDO ALVES, 2016, p. 22), garantindo um menor desgaste emocional, maior celeridade, razoabilidade e economicidade, por meio "de sentença que não representa criação unilateral do magistrado, mas ratificação do acordo de vontades das partes." (FIGUEIREDO ALVES, 2016, p. 134).

No direito das famílias, os assuntos, em sua maioria, comportam uma forte emocionalidade e a construção de uma solução conjunta ostenta mais autenticidade para a resolução de tais questões complexas. A decisão tomada após análise e reflexão sincrônica, desapega-se da burocracia do direito e apega-se aos aspectos emocionais e éticos, apropriando cada caso concreto a uma solução.

Atualmente, o judiciário suporta um número altíssimo de ações em tramitação. De acordo com informação fornecida pelo CNJ, 99,7 milhões de processos tramitaram no judiciário do Brasil em 2014. (CNJ, 2014). Tais dados comprovam que as classes de advogados não estão preparadas para as mudanças propostas pelo NCPC. Estima-se muito pelo contentamento da tutela, já que as próprias instituições de ensino jurídico constroem suas grades curriculares visando a judicialização das situações, contra uma fração mínima de formação voltada a acordos desassociados de uma ação judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante da necessidade de desafogar o judiciário e solucionar os problemas de milhares de pessoas, anseia-se pelos meios alternativos de conflitos. No Brasil, em 2015, entre os assuntos mais demandados no Poder Judiciário, as ações de alimentos ocuparam a 6ª posição com 836.634 processos, enquanto casamento liderou a 17ª posição com 464.689 processos. (CNJ, 2016). No mesmo ano, foram registrado 102 milhões de processos para uma população de mais de 200 milhões de habitantes (DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, 2014), e 13.164 magistrados. Considerando-se que em cada processo exista pelo menos duas partes, estima-se que o Brasil está integralmente em conflito.

3. FELICIDADE E DIREITO

A felicidade é muito buscada por diversos povos no decorrer da história. É facilmente observável populações inteiras tentando impedir a ocorrência de diversos sofrimentos e buscando bem-estar social. Alguns estudiosos discutem sobre o direito à felicidade, ainda que a sua definição, ainda que de forma generalizada, seja um trabalho penoso. Talvez nenhum esforço intelectual seja capaz de valorar de forma única e definitiva o que é felicidade para introduzi-la ao direito. Assim como a lei não define o que é Deus, também não esclareceria o que seria uma existência felizarda. Apesar disso, tal vagueza não é uma mera impossibilidade jurídica, é um recurso do ordenamento assim como quando protege-se a crença sem a criação de uma lista pré-definida de religiões e deuses. Portanto, para tutelá-la não é preciso delimitar o que é a felicidade, pois a principal atuação do Estado nessa questão seria assegurar instrumentos para que o estado feliz do ser seja viabilizado.

Em 2010, o Senador Cristovam Buarque propôs a inclusão “do direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito” na Constituição Federal em seu artigo 6º. (SENADO, 2010). Encontra-se mencionada na Constituição de alguns países como Japão (EMBAIXADA DO

JAPÃO NO BRASIL, 2013) e Coreia do Sul. Historicamente, é possível percebê-la sendo citada como sinônimo de liberdade em um contexto político como na Declaração de Independência dos Estados Unidos, na Declaração dos Homens e do Cidadão e na declaração de D. Pedro: "Se é para o bem de todos e felicidade geral da Nação, estou pronto! Digam ao povo que fico". (BRASIL, 2015).

O texto constitucional brasileiro preza pelo bem-estar e inspira a criação de políticas públicas com a finalidade de proporcionar qualidade de vida à população. Logo, o mesmo bem-estar citado na constituição é consubstancializado por meio dos direitos sociais em sua forma objetiva, sendo a sua característica subjetiva o campo dos sentimentos.

A busca pela concretização desse direito pode ser observada no NCPC quando este implementa a autocomposição sem a necessidade da intervenção judiciária sem utilizar-se da decisão imparcial do juiz.

Por esse ângulo, Saul Tourinho Leal constata que: “Seria, uma das funções do Judiciário, levar felicidade às pessoas? É cômodo sustentar que caberia ao juiz aplicar a lei ao caso concreto e, algo além disso, seria romantismo ou arbítrio. Concluir assim, contudo, seria uma miséria intelectual. ” (LEAL, 2015. p. 43).

A investigação de sua regulamentação possibilita a criação de estratégias direcionadas ao seu alcance, assim como traçar limitações para evitar o mau uso. Felicidade e bem-estar social possuem sinônimos relacionados. Dessa forma, juridicamente, é possível assegurar melhores condições de aproximação das pessoas, incorporando-as socialmente, visto que o afastamento social é motivo de infelicidade e um dos grandes atiçadores de suicídios.

O Direito à Felicidade não asseguraria tal sentimento a cada um dos indivíduos, pois seria impossível realizar a garantia do abstrato. Porém, o universo jurídico pode atentar-se para este assunto e sistematizar as jornadas históricas de uma sociedade. Em seguimento semelhante, temos os direitos coletivos que já são muito divulgados, todavia, as práticas jurídicas comunitárias não são frequentemente percebidas no nosso cotidiano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A palavra bem-estar, termo com significado mais próximo da definição de felicidade, encontra-se claramente citado no texto constitucional. Tal vocábulo engloba condições concretas e abstratas, sendo esta última equivalente à carga emocional. Obviamente que o âmbito jurídico pode não fazer uma pessoa feliz, mas é plenamente possível que seja capaz de disponibilizar meios para que a felicidade seja concretizada. Não há que concentrar-se em atender as diversas carências existentes na individualidade de cada ser, já que apresentam-se de formas variadas, mas é plenamente realizável que se crie sistematizações aptas a alcançar a realização pessoal e coletiva. No entanto, o judiciário não pode sentenciar a felicidade de um indivíduo, mas se as próprias partes definirem a melhor solução para si mesmas diante dos olhos do judiciário, o contentamento será, em maior probabilidade, um propósito atingível.

Cuida-se pela não banalização do bem tutelado por meio da sua definição. Vigia-se, também, com a mesma cautela, para que não exista espaço para a execução de prazeres sádicos e nenhum outro que contrarie o parâmetro da dignidade da pessoa humana. O bem-estar material não garante felicidade, mas volta-se a ela.

No campo das sentenças judiciais, de alguma maneira, induz o caminho da justiça e felicidade às pessoas, seja através da alteração de nome ou do reconhecimento de uma paternidade. Tais decisões judiciais podem tornar indivíduos felizes de maneira individual ou coletiva, portanto, judicializando os afetos dentro dos limites éticos delimitados pelo direito e relacionando-os intimamente com liberdade e dignidade

A felicidade pode ser representada através da liberdade de crença, por meio de um ambiente ecologicamente equilibrado, pela concretização dos direitos sociais, ou por meio de uma convivência familiar harmonizada. Portanto, se as leis são criadas para reger as relações humanas, precisam considerar os sentimentos pessoais de cada indivíduo**.**

4. MEDIAÇÃO COMO UM INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO E FELICIDADE

O tema mediação, quando estudado dentro da esfera do direito das famílias, é abrangente e envolve uma composição plural, exigindo-se uma estrutura fundada principalmente nos direitos material e processual, além de técnicas de mediação. Com o surgimento do Novo Código de Processo Civil, surge uma grande expectativa em relação aos novos rumos das batalhas judiciais.

Questiona-se se o sistema judiciário é o único motivador da morosidade que acomete-o. Imputa-se, inclusive, tal vagarosidade ao posicionamento das partes: advogados displicentes e partes rancorosas que buscam o sofrimento alheio através do pleito. A prisão civil, por exemplo, é utilizada, em algumas situações, por um dos lados como uma vingança, deturpando a essência desse instituto.

Conforme ricamente instruiu Thomas Hobbes, “a competição pela riqueza, a honra, o mando e outros poderes leva à luta, à inimizade e à guerra, porque o caminho seguido pelo competidor para realizar seu desejo consiste em matar, subjugar, suplantar ou repelir o outro.” (HOBBES, 1997. p. 37).

Em alguns casos, é possível observar que algumas pessoas almejam uma sentença que defina o autor do erro e projetam a confecção de um documento que culpabilize alguém. Muitas vezes, esse desejo de retaliação se sobrepõe à necessidade de reparação material em sua plenitude propriamente dita.

O poder judiciário tem por finalidade compor as partes, porém, em uma universalidade de casos, a solução é imposta e não há disposição de entendimento mútuo. Dessa maneira, o litígio não se soluciona de forma plenamente equitativa, em especial na esfera de família.

> A mera concepção de que um conflito pode ser “vencido” merece revisão. Em nossas relações familiares privadas cotidianas, normalmente abordamos conflitos como fenômenos a serem resolvidos – nunca se permitindo que um dos cônjuges tenha a sensação de que saiu perdedor. Todavia, na nossa prática profissional, permitimo nos o engajamento em procedimentos elaborados para determinar qual o vencedor da disputa. Para tanto, partes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reciprocamente imputam culpa ou responsabilidade e polarizam suas relações – como se um estivesse correto e o outro errado. (AZEVEDO, 2016 p.9).

O antigo CPC é detentor de muitas exigências formais, um número exagerado de recursos e uma fartura em ações judiciais. A limitação do número de ações, implementada como novidade, surge como uma parte da solução, visto que visa o encurtamento das soluções dos processos utilizando-se de instrumentos como o incidente de resolução de demandas repetitivas, precedentes vinculantes e incidente de assunção de competência.

Apesar do fato de os profissionais do direito sobrevivem da proliferação de demandas, os métodos alternativos de resolução de conflitos, como arbitragem, conciliação e mediação não mitigarão o exercício profissional deste, conforme nos doutrina André Gomma de Azevedo:

> Assim, o papel do mediador consiste em estimular o advogado a ter um desempenho profissional que permita o atingimento das metas do seu cliente ao mesmo tempo em que é reconhecido profissionalmente. Isto é, cabe ao mediador esclarecer qual vem a ser o papel do advogado em processos autocompositivos e deixar claro que bons advogados são muito importantes para a mediação na medida em que apr esentam propostas que as partes não vislumbrariam sozinhas e trazem a segurança de que a parte não está, inadvertidamente, abrindo mão de seus direitos. (AZEVEDO, 2009. p. 197).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mesmo que necessite de alguma disponibilidade de tempo para seu processamento (BACELLAR, 2012. p. 36) seria um grande fato gerador de desafogamento do judiciário, fundamentalmente na seara familiar.

Segundo o Novo CPC, em seu artigo 694, "nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação".

Os meios alternativos de solução de conflitos colocam as próprias partes para reconhecerem suas reais necessidades. Nem sempre a figura imparcial do juiz identifica o que é melhor para aquele grupo de pessoas de cotidiano tão desconhecido perante terceiros. A conciliação busca a solução para as divergências quando inexiste vínculo anterior àquela disputa embalada entre os envolvidos, mas a mediação dispõe-se no caso inverso, pois existem convívios antecedentes, e por esse motivo é tão fundamental na seara das famílias.

Socialmente, percebe-se a divisão de tarefas entre homens e mulheres, um com o dever de arrecadar alimentos e outro com a função de cuidar, sem nenhuma discussão em busca de um acordo entre ambos ou uma escassez de interação entre as os membros de uma entidade familiar.

A solução da mediação age de forma retroativa gerando efeitos a longo prazo. Por essa razão, o mediador necessita de um conhecimento específico preexistente que defina qual a falha que envolve o passado as partes e realize uma projeção de harmonização para o futuro. Essa necessidade de convivência pós resolução entre as partes é o fato elementar que diferencia a prática conciliadora da mediadora.

O cuidado depositado a tal ramo do direito concentrou-se de modo que a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, dispôs que a petição inicial não integra a citação, pois a linguagem técnica, complexa e com carga emocional desmoderada, com palavras selecionadas pelo advogado, podem influenciar o acordo de forma negativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A evolução do direito é muito lenta devido à grande inércia gerada pela comodidade de se manter nos parâmetros já estabelecidos. O formalismo nem sempre corresponde às expectativas humanitárias e ao comprometimento social. No direito das famílias é necessário metamorfosear situações.

Alimentos gravídicos, casamento homoafetivo e abandono afetivo são figuras que já faziam parte do cotidiano, porém, eram mediocrizados pelo marasmo judicial. Isso demonstra a dificuldade de interação social brasileira que possui dificuldades em admitir que existem seres humanos que se mantem em situações as quais em nenhum tempo conheceremos e não existe um modelo padrão de família que justifique a padronização de petições iniciais.

Isto posto, é proveitoso citar o voto do ministro Celso de Mello sobre a união afetiva:

> A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade. (CONJUR, 2011).

O judiciário, infelizmente, cultiva uma sapiência contrária à formação de laços e soluções harmoniosas de problemas. O exemplo disso, é quando desvirtua o instituto da guarda compartilhada como regra, para estabelece-la somente para pais em comum acordo fomentando o sofrimento psicológico de quem está reivindicando amparo, mesmo sem consciência de que trata-se de um pedido de socorro às vias consideradas mais fortes.

Diante dessa realidade que envolve problemas jurídicos, sociais e psicológicos, demonstra-se a importância da atuação dos profissionais devidamente qualificados – assistentes sociais e psicólogos, atenuando os conflitos emocionais evitando atribulações inconvenientes como alienação parental, por exemplo.

A cooperação entre profissionais do direito, do serviço social e da psicologia é muito relevante para ajudar os envolvidos. Estes dois últimos especialistas possuem conhecimento técnico de outras áreas para solucionar os questionamentos formulados pelo juízo que saem furtivamente das competências acadêmicas assimiladas pelos profissionais forenses.

A avaliação realizada pelos profissionais que atuam no judiciário, que não são profissionais do direito, notabilizam-se no momento de captura de dados elementares informativos de direito de família. Dialoga-se com os membros da família para melhor análise de todo o caso e contrapor todas as possibilidades, necessidades, ônus e bônus. As análises elaboradas a partir das informações extraídas do objeto de estudo são traduzidas para a linguagem técnica de cada profissional. Mesmo diante de tantos esforços, teme-se pela honestidade das informações.

Conforme aponta a Cartilha de Mediação e Arbitragem elaborada pela OAB/Guarujá:

> Examinadas as particularidades do caso concreto, poderão as partes, ou o Mediador, em comum acordo, contar com a participação de dois ou mais profissionais, de distintas áreas, denominados co-mediadores, para auxiliá-las na busca de uma solução consensual para o conflito. (OAB, 2010. p. 50).

A equipe multidisciplinar, em conjunto, tem por intuito a harmonização das relações, escolhendo as informações que são realmente básicas para compreensão dos fatos. Tais informações técnicas podem, até mesmo, dificultarem a conciliação entre as partes. Invariavelmente, o acordo não é o objetivo crucial perseguido na fase analítica. Importa-se integralmente com a solução satisfatória do evento.

Desse modo, André Gomma de Azevedo (2016. p.191) nos esclarece que:

> (...)Em matéria de família, opta se também por se abordarem, em sessões individuais, as questões que apresentam uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

forte carga emotiva, cuja preferência na solução pode ser ideal para afastar uma elevada emotividade prejudicial nas questões seguintes.

As partes, infelizmente, não possuem a cultura de buscar solucionar suas pendências amistosamente para prosseguirem suas convivências mútuas de forma pacífica. A revanche confunde-se facilmente com legalidade. Em muitas vezes, uma ou ambas as partes buscam a judicialização dos seus sentimentos e a sua necessidade de reconhecer os motivadores dos seus problemas, além dos causadores da sua infelicidade.

Nesse novo formato de solução de conflitos, a justiça atua como um mecanismo de harmonização e mecanismo de bem-estar do próximo. O campo legal deve visualizar as partes, de forma empática, como seres humanos e não como rivais. A mediação não soluciona apenas aquele fato que exige intervenção imediata, mas estende-se às origens das adversidades e busca manter a salvo os laços familiares.

5. CONCLUSÃO

É incontestável o fato de que o campo jurídico pode atuar como ferramenta na estruturação de entidades familiares colaborando para a solidez social. O modo como o direito das famílias relaciona-se com os sentimentos humanos é incontestável e possui grande relevância no desenvolvimento individual de todas as pessoas.

Quando questionado sobre o que o faz feliz, o indivíduo, muitas vezes, revela ao entrevistador que a paz e a harmonia familiar são responsáveis por grande parte do seu contentamento, ou seja, as relações familiares é um dos fatores determinantes para a efetivação da felicidade pessoal. Cabe, portanto, ao direito que tutela as afinidades domésticas encarregar-se dos cuidados necessários à vida sentimental do indivíduo diante de uma pendência judicial ou de uma situação insustentável e aparentemente sem solução fleumática.

As atitudes adequadas às circunstâncias deveriam ser concretizadas de maneira natural quando referem-se à intimidade humana. Infelizmente, as pessoas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

temem os métodos coercitivos e não fazem o que é correto naturalmente. O ideal é que o adequado seja um hábito, seja prática habitual. O mundo ideal é o objetivo da lei. O lado errôneo não é o relativo ao direito e à justiça, mas o lado dos cidadãos. A justiça não é instrumento transformador de oprimidos em opressores que mantém o conflito autodestrutivo.

Portanto, até que a humanidade, finalmente, em uma idealização quase fictícia, trilhe caminhos justos e harmônicos espontaneamente, é preciso existir uma força maior que os direcione para que seus prazeres sádicos e egoístas não tenham existência real. O direito das famílias deve ter por objetivo reconhecer que todas as pessoas e todas as famílias são igualmente dignas de proteção e de um mundo mais feliz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6ª Edição. Brasília – DF. CNJ. 2016.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Brasília – DF, 2009.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva. 2012.

BRASIL. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 12.abr.2017.

_____. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 12.abr.2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COMISSÃO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA OAB. **Cartilha de Mediação e Arbitragem** - Arbitral Câmara de Conciliação, Mediação & Arbitragem - Direitos autorais - 2010 - OAB/Guarujá – Santos - Arbitral.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientações para implantação de CEJUSCs.** Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em < http://mediacao.fgv.br/wp-content/uploads/2015/11/Guia-de-Conciliacao-e-Mediacao.pdf >. Acesso em 26 abr. 2017

_____. **Justiça em números 2016 – Infográficos: ano-base 2015.** Brasília: CNJ, 2016.

_____. **Priorização do 1º Grau de Justiça.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 19.abr.2017.

_____. **Ministra Ellen Gracie: "Movimento pela Conciliação traz mudança de mentalidade".** Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/64785-ministra-ellen-gracie-movimento-pela-concilia-traz-mudandementalidadeq>. Acesso em 15.abr.2017.

_____. **Ministra Eliana Calmon defende mais conciliação e menos judicialização.** Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/3197803/ministra-eliana-calmon-defende-mais-conciliacao-e-menos-judicializacao>. Acesso em 30.mar.2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277** Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/voto-ministro-celso-mello-uniao.pdf>. p. 22 Acesso em: 02.mai.2017.

DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO. **Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=98&data=28/08/2014> . Acesso em 08.mai.2017.

LEAL, Saul Tourinho. **A construção dos direitos fundamentais e a esperança: Da África do Sul ao Brasil.**Disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks/ Brasília: IDP, 2015. Acesso em 12.mar.2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIRÊDO ALVES, Jones; MONTENEGRO FILHO, Misael. **Manual das audiências cíveis.** Atlas. Manual das audiências cíveis 6ª edição São Paulo: Atlas, 2016.

HOBBES, Thomas de Malmesbury, **Leviatã.** Os Pensadores. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 19, de 2010 – (PEC da Felicidade).**Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>. Acesso em: 01.mai.2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de confllitos e práticas restaurativas.** São Paulo : Método, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 918 de 10/08/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454