

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1004

(Ano XIII)

(06/03/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Penas alternativas nos casos de homicídio e lesão culposos qualificados pela embriaguez no CTB

Eduardo Luiz Santos Cabette, 04.

ARTIGOS

Impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial à luz do princípio constitucional à moradia

Janaína Valenzuela, 10.

Da (des)necessidade de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais

Joaquim Leitão Júnior e Guilherme Berto Nascimento Fachinelli, 16.

A moratória como importante instrumento para facilitar o pagamento de tributos nesse período de crise causada pela Covid-19

Dione Batista dos Santos, 28.

O regime da separação obrigatória de bens no casamento entre maiores de setenta anos: uma perspectiva civil-constitucional.

Jéssica Pinto de Aquino, 33.

Compras on-line no tocante à distribuição por terceiros

Denison Fontana Nascimbeni, 52.

Ascensão legal da proteção de dados pessoais e os seus efeitos nas empresas

Lucas Martins, 62.

Direito dos idosos: aspectos penais nos diferentes cenários atuais

Alex Alexandre dos Santos, 94.

Pena-base e método: entre a escolha e o descobrimento.

Leonardo Bofill Vanoni, 114.

A pedofilia e seu fácil alcance na internet

Camila Santos Francisca da Rocha, 151.

A negativa do Delegado de Polícia em admitir a participação do advogado do investigado/autuado nas oitivas de testemunha, vítimas e outros atores diversos configura prática ilícita ou abusiva?

Joaquim Leitão Júnior e João Gabriel Cardoso, 174.

Captação de sufrágio entrave à democracia: mecanismos coibidores desta prática

Célio José de Brito Costa, 180.

Juiz das garantias: garantia de imparcialidade ou falácia?

Mario Koiti Kassama Filho, 193.

(Im) possibilidade de recurso contra a decisão de não provimento de impeachment de ministro do STF

Ewerton Ferreira Guimarães Lourenço, 203.

Relações de consumo em tempos de pandemia de covid-19

Juliana Matos Pereira, 249.

O problema das nulidades nos contratos administrativos e a nova lei de licitações

Rogério Augusto Boger Feitosa, 259.

O status do precedente judicial no processo do trabalho em decorrência da aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil

Alisson Fernando de Anhaia Rentz, 283.

Os efeitos processuais da tutela de urgência antecipada nas ações de medicamentos - Análise dos processos junto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR

Isadora Satiko Gomes Otani, 301.

A aplicação do dolo eventual e culpa consciente no homicídio de trânsito

Diego Patrick Brelaz Lopes, 340.

PENAS ALTERNATIVAS NOS CASOS DE HOMICÍDIO E LESÃO CULPOSOS QUALIFICADOS PELA EMBRIAGUEZ NO CTB

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

Originalmente as chamadas “Penas Alternativas ou Substitutivas”, de acordo com o disposto no artigo 44, I, “in fine”, CP seriam cabíveis em todos os crimes culposos, independentemente de onde fossem previstos ou mesmo da quantidade de pena privativa de liberdade aplicada.

Enquanto para os crimes dolosos a pena aplicada não pode ultrapassar 4 anos, para os crimes culposos o legislador abre a possibilidade de substituição sem maiores exigências. Conforme ensina Greco:

A primeira exigência contida no inc. I diz respeito à quantidade da pena. A substituição somente se viabiliza se a pena aplicada não for superior a quatro anos, nos casos de infrações dolosas, *uma vez que para os delitos culposos a lei não fez qualquer ressalva com relação ao limite de pena aplicada* (grifo nosso). [1]

Assim sendo, até o advento da Lei 14.071/20, cujo início de vigor se dá em 12 de abril de 2021, as penas alternativas poderiam ser aplicadas a todos os crimes culposos, fossem eles previstos no Código Penal ou no Código de Trânsito Brasileiro, fossem eles cometidos sob quaisquer circunstâncias, não havia limitações legais para a aplicação das penas alternativas em crimes culposos, salvo os requisitos normais previstos no artigo 44, CP, especialmente em seu inciso III (requisitos subjetivos que seriam exigíveis mesmo no caso de crimes culposos).

Entretanto, a Lei 14.072/20 inseriu um artigo 312 – B no CTB, passando doravante a proibir a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito nos casos de Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa qualificados pela

embriaguez. E mais, no caso das Lesões Corporais Culposas, para aqueles que entendem que a penalidade mais gravosa prevista no artigo 303, § 2º, CTB se dá pela embriaguez **ou** pela ocorrência de lesões de natureza grave ou gravíssima, também haveria o impedimento acaso esse resultado mais grave ocorra, independentemente da embriaguez.

Em resumo:

A Lei 14.071/20 impede penas alternativas nos Homicídios Culposos e Lesões culposas do CTB, nos seguintes termos:

a) No Homicídio Culposo, conforme previsto no artigo 302, § 3º, CTB, ou seja, se o agente estiver embriagado quando ocorre o acidente. Aqui não há espaço para maiores indagações.

b) Nas Lesões Corporais Culposas, conforme previsto no artigo 303, § 2º, CTB. A princípio ali se exige que o agente esteja embriagado **e** resultem lesões graves ou gravíssimas. [2] Sendo a conjunção aditiva (e) não haveria maiores dúvidas e, portanto, as penas alternativas seriam vedadas quando o agente estivesse embriagado **e** houvesse lesões graves ou gravíssimas. Estando apenas embriagado, mas sem lesões graves ou gravíssimas causadas à vítima ou não estando embriagado, mas havendo lesões graves ou gravíssimas, não estaria configurada a qualificadora do artigo 303, § 2º. e, portanto, não haveria a vedação do artigo 312 – B, CTB. Isso porque esse artigo 312 – B se refere expressamente ao § 2º. do artigo 303, CTB e não a um ou outro resultado ou condição.

Não obstante, há dúvidas ainda sobre essa questão, pois pode parte da doutrina entender que, embora usando o legislador a conjunção aditiva “e” no § 2º. do artigo 303, CTB, o crime se qualificaria ocorrendo um dos dois casos ali previstos, quais sejam a condição ébria do condutor **ou** os resultados mais gravosos para a vítima (lesões graves ou gravíssimas). Nesse quadro de pensamento, as penas alternativas seriam então vedadas tanto no caso de embriaguez, mesmo sem lesões graves ou gravíssimas, como no caso de lesões graves ou gravíssimas, mesmo sem embriaguez.

Entende-se, porém, que deve prevalecer o primeiro entendimento, segundo o qual haverá vedação no caso de embriaguez no Homicídio Culposo do CTB e na Lesão Culposa do CTB, apenas quando houver a embriaguez **e** o resultado mais gravoso das lesões graves ou gravíssimas.

É evidente que nos casos de Homicídio ou Lesões Culposas do Código Penal, nada se altera com relação à possibilidade de penas alternativas nos estritos termos do artigo 44, CP, eis que o artigo 312 –B, CTB somente se aplica aos casos do trânsito.

Também nada se altera quanto à ampla possibilidade de aplicação da substituição nos casos de crimes de trânsito de homicídio ou lesão culposos nos quais não haja qualificação pela embriaguez, nos termos dos artigos 302, § 3º. ou 303, § 2º., CTB (lembrando que nas lesões, ao menos como entendimento predominante, a vedação se dará com a ebriedade mais o resultado lesões graves ou gravíssimas, não bastando somente a condição ébria ou somente o resultado mais grave para gerar a vedação legal).

Essas proibições de penas alternativas não podem retroagir, pois que se trata de "novatio legis in pejus". Sua aplicação será apenas para os casos ocorridos do dia 12 de abril de 2021 em diante. Antes disso, as penas alternativas podem perfeitamente ser aplicadas, mesmo nos casos qualificados do artigo 302, § 3º. ou 303, § 2º., CTB. A única exigência será aquela genérica de que o autor do fato se adeque aos requisitos subjetivos para a concessão do benefício, conforme consta do artigo 44, III, CP.

É ainda interessante mencionar uma interpretação bastante inusitada veiculada pelo autor Márcio André Lopes Cavalcanti. Ele afirma que a Lei 14.071/20, na verdade, de acordo com a interpretação gramatical do artigo 312 – B, CTB, não teria efetivamente vedado penas alternativas aos casos ali elencados, mas, ao reverso, reduzido os requisitos para a aplicação da benesse. Alega o autor que o legislador, ao fazer menção expressa direta ao inciso I do artigo 44 CP, não teria proibido as penas alternativas nos casos estudados, eis que não teria atuado sobre o "caput" do artigo 44, CP. Assim sendo, segundo Cavalcanti, apenas não haveria para os crimes do CTB de homicídio e lesão culposos as exigências previstas no inciso I do artigo 44, CP, mas somente as dos incisos II e III. Dessa forma, ao contrário de proibir penas alternativas, teria o legislador possibilitado mais amplamente sua aplicação, mesmo nos casos de crimes qualificados do CTB. [3]

A interpretação dada por Cavalcante, centrada no aspecto meramente gramatical, é criativa, mas não se sustenta.

Em seu próprio texto o autor expõe que a intenção da criação da lei foi a de restringir as penas alternativas nos casos enfocados. Em suas palavras:

A Lei nº 14.071/2020 inseriu o art. 312-B do CTB com o objetivo de proibir a aplicação de penas restritivas de direitos para os crimes do art. 302, § 3º e do art. 303, § 2º do CTB. Essa foi a intenção do legislador conforme se observa pelas notícias divulgadas pelos sites oficiais do Senado Federal e da Presidência da República:

“O presidente Jair Bolsonaro sancionou a Lei 14.071, que promove uma série de alterações no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). A norma, que foi publicada com vetos na edição desta quarta-feira (13) do Diário Oficial da União, entra em vigor dentro de 180 dias. (...)”

“A nova norma prevê também que, em casos de lesão corporal e homicídio causados por motorista embriagado, mesmo que sem intenção, a pena de reclusão não pode mais ser substituída por outra mais branda, restritiva de direitos.”

“O presidente da República, Jair Bolsonaro, sancionou a Lei 14.071/20, com mudanças na lei de trânsito aprovadas pelo Congresso Nacional. Dentre as principais alterações, destacam-se:

(...)

Proibir a conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos quando o motorista comete homicídio culposo ou lesão corporal sob efeito de álcool ou outro psicoativo;” (grifos nossos). [4]

Diante disso já se pode afirmar que a interpretação meramente gramatical jamais poderia ser o melhor caminho no caso em destaque. Como se sabe, já alertava São Paulo: “a letra mata, o espírito vivifica” (Corintios, 3:6).

Além do mais, nem mesmo a interpretação gramatical mais correta pode levar à conclusão de Cavalcanti. O inciso I do artigo 44 estabelece requisitos para as penas alternativas no caso de crimes dolosos. No caso de crimes culposos, não estabelece requisitos, não exige nada, apenas permite amplamente sua aplicação. Ou seja, não é uma norma restritiva, mas permissiva. E é exatamente essa permissão aberta e incontida que passa a ser proibida com o advento da Lei 14.071/20 e do novel artigo 312 – B, CTB. Fato é que Cavalcanti se equivoca ao interpretar o inciso I do artigo 44, CP como portador de exigências para a possibilidade de aplicação de penas alternativas para delitos culposos. Não há ali exigência alguma e sim o afastamento de exigências, o que é revogado pela Lei 14.071/20 e o advento do artigo 312 – B, CTB. Uma norma proibitiva advinda altera o quadro e invalida a permissividade antes reinante. Ocorre o exato oposto do que criativamente defende o autor em destaque.

Finalmente há que fazer uma observação acerca da futura efetividade dessa alteração legislativa. Vimos que ela promove uma restrição, uma proibição absoluta

de substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direito em casos de crimes de Homicídio Culposo e Lesão Corporal Culposa de trânsito quando qualificados nos termos dos artigos 302, § 3º. e 303, §2º., CTB. Pois bem, essa restrição absoluta pela lei de individualização da pena pelo magistrado no caso concreto, já foi objeto de análise e decisões reiteradas pelo STF, concluindo o E. Tribunal que há violação do Princípio da Individualização da Pena, sendo, portanto, tais dispositivos inconstitucionais. E, diga-se mais, isso foi decidido pelo STF em casos envolvendo crimes hediondos ou equiparados. Paradigmática é a decisão do Tribunal Supremo quanto à possibilidade de penas alternativas em casos de Tráfico de Drogas, devendo cada caso concreto ser individualizado e negando-se legitimidade à proibição imposta pelos então artigos 33, § 4º. c/c 44 da Lei 11.343/06 (STF, ARE 663261 e HC 97256). [5]

Embora não se possa na seara jurídica pretender fazer previsões infalíveis, na maioria das vezes sequer seguras, pode-se afirmar que existe uma forte tendência a que o STF venha a declarar a vedação absoluta prevista pela Lei 14.071/20, conforme o novo artigo 312 – B, CTB inconstitucional. Ora, se no caso de Tráfico de Drogas e outros crimes hediondos vem a Corte se manifestando assim, [6] não seria em nada coerente que em meros crimes culposos tomasse outro caminho.

REFERÊNCIAS

ALVES, Verena Holanda de Mendonça. A situação dos crimes hediondos e equiparados frente à possibilidade de aplicação das penas restritivas de direito. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23724/a-situacao-dos-crimes-hediondos-e-equiparados-frente-a-possibilidade-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-direitos#:~:text=O%20STF%20vem%20admitindo%20a,ou%20grave%20amea%C3%A7a%20%C3%A0%20pessoa>. Acesso em 13.02.2021.

CAVALCANTI, Márcio André Lopes. A Lei 14.071/20 realmente proibiu as penas restritivas de direitos para os crimes do art. 302, § 3º. e do art. 303, § 2º. do Código de Trânsito? Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2020/10/a-lei-140712020-realmente-proibiu-as.html> , acesso em 13.02.2021.

COLAÇO, Marcelo Ricardo. O Volátil Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-volatil-codigo-de-transito-brasileiro> , acesso em 13.02.21.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/> , acesso em 13.02.2021.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018.

PLENÁRIO Virtual – Reafirmada jurisprudência sobre impedimento de pena alternativa previsto na Lei de Drogas. Disponível em <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=228602>, acesso em 13.02.2021.

NOTAS:

[1] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 12^a. ed. Niterói: Impetus, 2018, p. 184.

[2] Neste sentido: COLAÇO, Marcelo Ricardo. O Volátil Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-volatil-codigo-de-transito-brasileiro>, acesso em 13.02.21. CUNHA, Rogério Sanches. Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-altera-disposicoes-codigo-de-transito-brasileiro/>, acesso em 13.02.2021.

[3] CAVALCANTI, Márcio André Lopes. A Lei 14.071/20 realmente proibiu as penas restritivas de direitos para os crimes do art. 302, § 3º. e do art. 303, § 2º. do Código de Trânsito? Disponível em <https://www.dizerodireito.com.br/2020/10/a-lei-140712020-realmente-proibiu-as.html>, acesso em 13.02.2021.

[4] Op. Cit.

[5] Cf. PLENÁRIO Virtual – Reafirmada jurisprudência sobre impedimento de pena alternativa previsto na Lei de Drogas. Disponível em <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalNoticias&idConteudo=228602>, acesso em 13.02.2021. Ademais, o § 4º., do artigo 33 da Lei 11.343/06 foi suspenso na dicção “vedada a conversão em pena restritiva de direitos” pela Resolução número 5, de 15.02.2012 do Senado Federal, em acatamento ao entendimento exposto pelo STF.

[6] Alves deixa bem clara a posição do STF, admitindo penas alternativas em casos de crimes hediondos ou equiparados, desde que não marcados pela violência ou grave ameaça. ALVES, Verena Holanda de Mendonça. A situação dos crimes hediondos e equiparados frente à possibilidade de aplicação das penas restritivas de direito. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/23724/a-situacao-dos-crimes-hediondos-e-equiparados-frente-a-possibilidade-de-aplicacao-das-penas-restritivas-de-direitos#:~:text=O%20STF%20vem%20admitindo%20a,ou%20grave%20amea%C3%A7a%20%C3%A0%20pessoa>. Acesso em 13.02.2021.

IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL À MORADIA

JANAÍNA VALENZUELLA: Advogada, especialista em direito civil processual civil e direito empresarial. Atuante na área patrimonial com ênfase em direito imobiliário e sucessões.

Quando há conflitos de bens jurídicos tutelados, os mesmos devem ser ponderados entre os valores conferidos a estes bens jurídicos e a verificação de qual bem jurídico se sobrepõe.

Nosso ordenamento jurídico já reconheceu o direito à moradia no seu artigo 6º da Constituição Federal, e a proteção do bem de família, que consiste na residência correspondente a um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para a moradia permanente, com base na Lei nº 8.009/90, que versa sobre a impenhorabilidade do bem de família, combinado com a Súmula 364 do STJ:

Art.6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Súmula 364. O imóvel residencial do próprio casal ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

O disposto no art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/1990, restringiu essa proteção, quando autorizou a constrição judicial do bem de família em decorrência de dívidas derivadas de fiança locatícia, ou seja, se o locatário restar inadimplente, o fiador responde por tal dívida (tanto para contratos de locação residencial, como comercial) com o seu patrimônio, mesmo que seja seu único bem.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Tal previsão foi objeto do Tema 295 do Supremo Tribunal Federal, quando se reconheceu a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, e da Súmula 549 do STJ que dispõe: *É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação". (Súmula 549, STJ).*

O entendimento atual dos Tribunais a respeito da inexistência de distinção legal do artigo 3º, VII da Lei 8.009/90, quanto a natureza da locação, que pode ser aplicado tanto para a modalidade residencial como comercial, impôs a exceção da proteção do bem de família previsto em seu artigo 1º, no qual, cabe por oportuno, algumas considerações jurídicas doutrinárias a este respeito.

DISTINGUISHING - a distinção entre o caso concreto e o caso paradigma RE 407.688

O precedente utilizado pelos Tribunais (RE. nº 407.688/SP), refere-se a garantia concedida em relação locatícia para **fins residenciais**, e não pode servir para a aplicação em casos que a matéria específica trata-se de fiança para garantia locatícia de imóveis comerciais.

A situação exposta no referido precedente não deve ser aplicada para os casos de fiança em contrato de locação comercial, por se tratar de fato diverso ao qual julgou o RE 407.688. Neste sentido, o próprio STF já está pacificando o entendimento sobre o tema, quanto a (im)possibilidade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido a constitucionalidade da penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação (Tema 295 da repercussão geral), esse tema não deve ser aplicado a casos específicos de fiança de contratos de locação comercial.

Neste caso em específico, necessário se faz a aplicação da técnica de hermenêutica do *distinguishing* para que seja afastada a aplicabilidade do precedente utilizado para os casos de execução de fiança em contratos de locação comercial, através da possibilidade de penhora do bem de família do fiador, pois o fundamento fático destacado no referido precedente trata de fiança de contrato de locação residencial. Neste ponto não pode ser aplicado para os casos de penhora do bem de família do fiador de contrato de locação comercial.

O direito à moradia que está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, alterado pela EC nº 26/2000, trata-se de um direito social que proporciona

ao ser humano desfrutar de uma vida digna, ao passo que está diretamente relacionado com os direitos fundamentais, e principalmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a preservação da unidade familiar (art. 226 da CF).

O instituto do bem de família visa proteger não o bem imóvel em si mesmo, mas em seu sentido amplo: **o indivíduo ou família que nele reside.**

Conforme abordado sabiamente pela Ministra Rosa Weber no RE 605709/SP, se o bem de família do próprio locatário na condição de devedor principal não está sujeito a constrição e alienação forçada a fim de satisfazer o inadimplemento decorrente da locação, não se pode imputar esse ônus ao fiador deste contrato a adimplir dívida alheia, através da perda de seu único bem familiar em favor do locatário, texto conforme ementa que segue:

*“RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANEJADO CONTRA ACÓRDÃO PUBLICADO EM 31.8.2005. INSUBMISSÃO À SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. PREMISSAS DISTINTAS DAS VERIFICADAS EM PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE, QUE ABORDARAM GARANTIA FIDEJUSSÓRIA EM LOCAÇÃO RESIDENCIAL. **CASO CONCRETO QUE ENVOLVE DÍVIDA DECORRENTE DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO À MORADIA E COM O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** 1. A dignidade da pessoa humana e a proteção à família exigem que se ponham ao abrigo da constrição e da alienação forçada determinados bens. É o que ocorre com o bem de família do fiador, destinado à sua moradia, cujo sacrifício não pode ser exigido a pretexto de satisfazer o crédito de locador de imóvel comercial ou de estimular a livre iniciativa. Interpretação do art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/1990 não recepcionada pela EC n 26/2000. 2. A restrição do direito à moradia do fiador em contrato de locação comercial tampouco se justifica à luz do princípio da isonomia. Eventual bem de família de propriedade do locatário não se sujeitará à constrição e alienação forçada, para o fim de satisfazer valores devidos ao locador. **Não se vislumbra justificativa para que o devedor principal, afiançado, goze de situação mais benéfica do que a conferida ao fiador, sobretudo porque tal disparidade de tratamento, ao contrário do que se verifica***

na locação de imóvel residencial, não se presta à promoção do próprio direito à moradia. 3. *Premissas fáticas distintas impedem a submissão do caso concreto, que envolve contrato de locação comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão proferida, por esta Suprema Corte, ao exame do tema n. 295 da repercussão geral, restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador em contrato de locação residencial.* 4. *Recurso extraordinário conhecido e provido” (DJe 18.2.2019). Grifei.*

Conforme bem referiu a Ministra Rosa Weber quando abordou o princípio da isonomia ao referido caso, o que é válido juridicamente para um, deve ser válido também para todos aqueles que preenchem as condições de aplicação daquela norma.

Esse precedente serviu de fundamento para outro julgado, da 2ª Turma que, dessa vez por unanimidade, decidiu pela impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação comercial (RE 1.228.652-RJ), publicado em publicado em 02/12/2020:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE IMÓVEL COMERCIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

A boa nova é que o referido entendimento do Supremo Tribunal Federal vem sendo mantido em 2021, ao encontro ao artigo 6º, caput da Constituição Federal, que estabelece as garantias aos direitos sociais, dentre eles o direito à **moradia**, princípio **da dignidade humana e o princípio da isonomia**.

Em recente julgado RE nº 1.296.835/SP, publicado em 01/02/2021, a Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o bem de família de fiador em contrato de locação é penhorável, **mas não em caso de contrato de locação comercial, ao reverter decisão que determinava a penhora de residência colocada como garantia em uma locação de imóvel comercial.**

(...)

Apreciada a matéria trazida na espécie, DECIDO.

3. Razão jurídica assiste aos recorrentes.

4. Embora este Supremo Tribunal tenha reconhecido ser constitucional a penhorabilidade de bem de família de fiador em contrato de locação (Tema 295 da repercussão geral), esse tema não se aplica à espécie vertente, pois, neste processo, discute-se a penhora de bem de família por fiança em caso de contrato de locação de imóvel comercial. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.296.835 SÃO PAULO, Relatora: MIN. CÁRMEN LÚCIA, Publicado em 01/02/2021).

Ao encontro dos argumentos do referido julgado, não pode ser admitir que o devedor principal (locatário) seja beneficiado pela sua desídia no contrato de locação, e ainda deixar todo o ônus do pagamento ao fiador, submetendo-o a perda seu bem de família para satisfazer o crédito. O devedor principal (locatário) foi beneficiado diante da omissão da norma infraconstitucional que não previu a hipótese taxativa da possibilidade de constrição judicial do bem de família do locatário, mas tão somente do fiador.

Não é viável a constrição do único bem de família do fiador para atender interesses econômicos de locatários de imóveis comerciais que de certa forma se beneficiaram com a locação e auferiram algum benefício econômico com esta.

O contrato de locação comercial não visa a garantia da moradia, e sim possui cunho exclusivamente patrimonial servindo para que a empresa locatária nele possa explorar a sua atividade e movimentar o mercado economicamente, os quais não podem se sobrepor a um direito fundamental à moradia.

Ora, se a norma fundamental é a base para todas as demais normas do direito brasileiro, estamos diante de uma antinomia (conflito de normas), e quando surge incompatibilidades elas devem ser solucionadas através ponderação entre os valores conferidos a estes bens jurídicos.

Quando há conflitos de bens jurídicos tutelados, os mesmos devem ser ponderados entre os valores conferidos a estes bens jurídicos e a verificação de qual bem jurídico se sobrepõe.

Em sua doutrina, Maria Helena Diniz esclarece que *“o direito não se limita à norma, mas seria “uma ordenação heterônoma das relações sociais, baseada numa integração normativa de fatos e valores”.* (Conflito de normas, p. 8.).

Esclarece Norberto BOBBIO, a norma fundamental não é expressa, mas pressuposta para fundamentar o ordenamento. É a norma fundamental que atribui ao poder constituinte originário a faculdade de produzir normas jurídicas e formar um sistema, na qualidade de poder supremo, último do ordenamento jurídico.

No nosso sistema jurídico não se tolera antinomias e caso surjam incompatibilidades as mesmas devem ser solucionadas por seus intérpretes, assim como foi bem ponderado no RE 605709/SP, já citado e até mesmo nos recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Diante dessas premissas fáticas distintas impedem a submissão dos casos de penhora do bem de família de fiador de imóvel comercial, às mesmas balizas que orientaram a decisão da Suprema Corte quanto ao tema 295 da repercussão geral, o qual deve ser restrita aquela à análise da constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação residencial, em respeito aos princípios constitucionais: da isonomia (artigo 5º, caput da Constituição Federal), da proteção da dignidade humana (artigo 1º, III), **à moradia**, bem como a preservação da unidade familiar (art. 226 da CF).

Aos julgadores não cabe aplicar a lei ao caso concreto apenas como se fosse um *check list*, e sim aplicá-la de forma ponderada entre os valores conferidos a estes bens jurídicos e a verificação de qual bem jurídico se sobrepõe ao outro, como a balança da justiça.

DA (DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O USO DE RASTREADORES EM INVESTIGAÇÕES POLICIAIS

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia Civil de Mato Grosso desde o ano de 2012, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Roubos e Furtos em Barra do Garças-MT. Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Jataí. Especialista em Ciências Penais. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Professor de Curso Preparatório para concursos público, palestrante e coautor de várias obras jurídicas.

GUILHERME BERTO NASCIMENTO FACHINELLI¹

(coautor)

Não raras vezes a Polícia Judiciária em sua atividade policial encontra inúmeras celeumas no campo investigativo. Neste contexto se apresenta a seguinte provocação: há ou não necessidade de autorização judicial prévia para o uso de rastreadores em investigações policiais?

Sem pretensão de esgotar a temática proposta, passaremos os nossos pontos de vistas sobre este assunto importantíssimo e pouco explorado.

Preliminarmente, antes de adentrarmos ao tema, apontamos que fonte, para o dicionário Michaelis, dentre os vários significados, é *a causa, origem e princípio*. Já para definir o que o seria **fontes abertas** nos socorremos da doutrina de BARRETO e WENDT (2013, p. 4), que as definem como:

Qualquer dado ou conhecimento que interesse ao profissional de inteligência ou de investigação para a produção de conhecimentos e ou provas admitidas em direito, tanto em processos cíveis quanto em processos penais e, ainda, em processos trabalhistas e

¹ Delegado de Polícia da Polícia Civil de Mato Grosso, atualmente lotado na Corregedoria-Geral da Polícia Civil de Mato Grosso, como corregedor auxiliar. Possui graduação em Direito pela Universidade de Uberaba (2008) e especialização em direito público pela Universidade Anhanguera Uniderp (2011). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público. Professor de Curso Preparatório para concursos público e da Academia de Polícia do Estado de Mato Grosso - ACADEPOL, palestrante e coautor de obras jurídicas.

administrativos (relativos a servidores públicos federais, estaduais e municipais²).

Nesse sentido, vale pontuar que o Supremo Tribunal Federal já sinalizou que o uso de fontes abertas em investigações criminais é um fator agregador, conforme decidido no INQUÉRITO: Inq 3563 PR; TRE-RJ – RECURSO EM REPRESENTAÇÃO: R-Rp 378290 RJ; TJ-MS – Apelação Cível: AC 6424 MS 2012.006424-5.

Dando sequência, compete explicar sobre a utilização das fontes abertas, em que o professor, Alessandro Barreto, com maestria leciona:

Assim, o conteúdo disponível em fontes abertas não exige nenhuma espécie de restrição de acesso. Diferentemente das fontes fechadas, em que há a necessidade de login e acesso, as abertas encontram-se acessíveis a todo instante.

Os dados ou informações de acesso livre podem ser encontrados nos mais variados meios: comunicação, livros, softwares e, principalmente, potencializados pela internet. Essas fontes fornecem elementos que irão auxiliar na investigação policial.

A lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, mais conhecida como Lei de Acesso à Informação Pública, constitui um marco ao democratizar a informação assegurando o direito fundamental ao seu acesso. As diretrizes a serem seguidas por ela compreendem:

1. Observância da publicidade com preceito geral e sigilo como exceção;
2. Divulgação de informações de interesse público;
3. Utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;
4. Fomento ao desenvolvimento da cultura da transparência na administração pública;
5. Desenvolvimento do controle social da administração pública.

² BARRETO, Alessandro G.; WENDT, Emerson. Inteligência Digital: uma análise das fontes abertas na produção de conhecimento e de provas em investigações e processos. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

Dessa forma, a moderna legislação garante, de forma transparente, acesso à informação mediante procedimentos objetivos e ágeis. Essa disponibilidade de conteúdo, por parte dos entes federativos e demais órgãos, possibilita uma maior agilidade durante uma investigação policial, com informações completas, atuais e acessíveis sobre determinado fato em apuração. Os dados que, até então já eram de boa monta, passam a ter uma maior qualidade e quantidade³.

Com essas considerações, passemos a análise do uso de rastreador veicular, que é reputada pela doutrina policial como uma técnica especial moderna de investigação de fonte aberta, em que se realiza uma vigilância de acompanhamento ao alvo, conhecida no meio policial como “campana” ou “monitoramento”. Nada mais é do que uma “campana” ou “monitoramento” de forma moderna. Assim, com emprego do rastreador, os policiais realizam uma “campana” ou “monitoramento” utilizando um rastreador veicular para que acompanhe passo-à-passo o cotidiano do alvo.

Em termos práticos, o dispositivo de rastreamento funciona em tempo real, utilizando sistemas de navegação por satélite GPS/GLONASS e o protocolo “GPRS” para a transferência de dados nas redes de telefonia celular. Uma das funcionalidades do sistema de rastreamento permite ao usuário (a equipe policial, no caso em estudo) visualizar a posição atual de um veículo num mapa e, também, de guardar o histórico recente do percurso do veículo.

Com isto, o uso do rastreador permite entender os itinerários e vínculos do alvo investigado, assim como a descoberta de possível local utilizado para armazenamento de instrumentos de infrações penais (drogas, armas entre outros), objetos de delito (objetos furtados, roubados, receptados), vítimas em cativeiros entre outras inúmeras finalidades úteis numa investigação criminal.

O grande nó da questão nos parece estar circunscrita quanto à instalação/emprego do rastreador veicular para fins de investigações e o atual local que o veículo se encontra: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) e locais equivalentes ou em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes públicos ou

³ BARRETO, Alessandro Gonçalves - Utilização de fontes abertas na investigação policial. Publicado dia 13 de novembro de 2015. http://direitoeti.com.br/artigos/utilizacao-de-fontes-abertas-na-investigacao-policial/#_edn9.

privados abertos ao público, em que a privacidade e intimidade são drasticamente sacrificadas – para não dizer eliminada.

Ao enfretamento dos pontos em tela para nossas respostas, não ingressaremos no mérito se o veículo é usado como moradia ou não, vez que aí a discussão teria uma profundidade vertical e horizontal com outros rumos possivelmente. Assim, partiremos da premissa de que o veículo, alvo de rastreador, não é utilizado como moradia do alvo investigado.

Na primeira hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) ou locais equivalentes, inclinaríamos a sustentar que seria necessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita estaria eivado de inobservância constitucional e legal.

Já na segunda hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: veículo em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes públicos abertos ou privados abertos ao público, por exemplo, estacionamentos de órgãos públicos ou estacionamentos de shoppings, que o ingresso ocorre mediante pagamento, que são locais não acobertados pelo direito à privacidade e a intimidade, ou seja, nesses locais estes direitos são drasticamente sacrificados para não dizer eliminados. Neste caso, resta evidente que é desnecessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita, já que não haveria mácula de inobservância constitucional e legal.

Os raciocínios para se chegar a estas conclusões devem ser 2 (dois): o primeiro é de que o veículo não é asilo inviolável do indivíduo, em regra, podendo ser alvo de busca, independentemente, de ordem judicial, desde que presentes a “fundada suspeita”⁴; o segundo é de que vai depender do local que o veículo se

4 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. FORMAÇÃO DE CARTEL. DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE GÁS DE COZINHA. BUSCA PESSOAL. APREENSÃO DE DOCUMENTOS EM AUTOMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. **Aprensões de documentos realizadas em automóvel, por constituir típica busca pessoal, prescinde de autorização judicial**, quando presente fundada suspeita de que nele estão ocultados elementos de prova ou qualquer elemento de convicção à elucidação dos fatos investigados, a teor do § 2º do art. 240 do Código de Processo Penal.

encontra, para se avaliar a necessidade ou não de prévia ordem judicial, para fins de instalação do rastreador. Logo, a cláusula de reserva de jurisdição é relativa.

Registra-se por oportuno, outro ponto que não podemos tangenciar, qual seja, o uso do rastreador em momento algum promove à violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo investigado, uma vez que a finalidade do uso deste aparelho é de apenas monitorar o alvo pelas ruas, espaços públicos e espaços privados, em que jamais o policial terá ciência do que ocorrerá dentro dos espaços eventualmente fechados.

Assim, o rastreador não afetaria a privacidade a ponto de ter ciência do que o indivíduo fez (ou deixou de fazer), sendo plenamente hígido o elemento informativo e/ou a prova obtida a partir dele, desde que observados os preceitos constitucionais e legais quanto ao domicílio do indivíduo referente a instalação/emprego do rastreador no veículo.

Sobre o tema Sandro Vergal aborda no artigo intitulado **Dispensa de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais**, publicado em 15 de dezembro de 2017, site <https://www.delegados.com.br/noticia/dispensa-de-autorizacao-judicial-para-o-uso-de-rastreadores-em-investigacoes-policiais>, que:

(...) **o uso de rastreadores em investigações policiais nada mais é do que uma forma moderna e inteligente de acompanhamento e de “campana”**. De acordo com o “Manual Operacional do Policial Civil”, elaborado pela Delegacia Geral da Polícia Civil do Estado de São Paulo, citando as lições do eminente Professor Coriolano Nogueira Cobra, a expressão “campana” corresponde a uma gíria policial para “observação discreta, nas imediações de algum lugar, para conhecer os movimentos de pessoa ou pessoas ou para fiscalizar a chegada ou aparecimento de

2. No dia em que realizadas as diligências de busca domiciliar na residência do recorrente eram obtidas informações, via interceptação telefônica (não contestadas), de que provas relevantes à elucidação dos fatos eram ocultadas no interior de seu veículo e que poderiam, conforme ele próprio afirmou, culminar na sua prisão. Diante dessa fundada suspeita, procedeu-se a busca pessoal no veículo do recorrente, estacionado, no exato momento da apreensão dos documentos, em logradouro público. Conforme atestado pelas instâncias ordinárias, o recorrente estava presente na ocasião da vistoria do veículo.

3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 117767, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 11/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-169 DIVULG 01-08-2017 PUBLIC 02-08-2017).

alguém. Significa, ainda, o seguimento de alguém, de modo discreto, para conhecer seus movimentos e ligações.

Em verdade, o rastreador veicular se trata de fonte aberta, conforme consta na obra **“Investigação Digital em Fontes Abertas”**, em que os autores elencam mecanismos e funcionalidades na Internet que possibilitam o rastreamento veicular com o custo apenas da aquisição do rastreador. Tais dispositivos funcionam em tempo real, utilizando sistemas de navegação por satélite GPS/GLONASS e o protocolo GPRS para a transferência de dados nas redes de telefonia celular. Dentre as funcionalidades apontadas, o sistema de rastreamento franqueia ao usuário a possibilidade de ver a posição atual do automóvel em um mapa e, também, de guardar o histórico recente do percurso do veículo (BARRETO; WENDT; CASELLI, 2017, p. 175/176)5.

Com essas observações, ainda pontuamos que o uso de rastreadores veiculares, em sede de investigação policial, é legítimo e constitucional quando utilizado por agentes constitucionalmente competentes para tais atividades vinculadas à Polícia Judiciária6.

5 BARRETO, Alessandro Gonçalves; WENDT, Emerson; CASELLI, Guilherme. *Investigação Digital em Fontes Abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2017

6 Nesse ponto, verifica-se que as atribuições de Polícia Judiciária estão conferidas no artigo 144, § 4º, da Constituição da República e artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941), sendo de bom alvitre citar que a Lei 12830/2013 conferiu aos delegados de polícia status de carreira jurídica, com autonomia para realizar tais diligências sem que haja reserva de jurisdição, notadamente por não trazer nenhum contexto de invasão à privacidade.

Assim, não se discute que a autonomia investigatória do Delegado de Polícia possui ampla discricionariedade para a produção de elementos informativos e provas em sede pré-processual, a qual é evidenciada pelo art. 2º, §6º da Lei 12.830/2013, quando se atribui ao Delegado de Polícia a exclusividade para o indiciamento. Para uma melhor análise, segue a redação da norma apontada:

Art. 2º. As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

(...)

§ 6º O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.

Ora, se a análise da materialidade e indícios de autoria, no âmbito do inquérito policial, é privativa do Delegado de Polícia, podendo somente ele, ao final das investigações, apontar o autor da infração penal, o pressuposto lógico desse poder-dever é a exclusividade, a autonomia e a

Assim, observado os ditames constitucionais e legais, o emprego de rastreador em investigações criminais, se trata de diligência revestida de legalidade, pois consubstancia em modernização da investigação policial, em que a vestuta técnica da “campana” passa a ser feita a partir de uso de instrumentos tecnológicos como os rastreadores veiculares.

Nesse caminho, sobre a legalidade da técnica de investigação Sandro Vergal defende:

discricionariedade da Autoridade Policial, de produzir provas e determinar as diligências, que dispensam decisões judiciais, como é o caso do uso de rastreadores veicular, bem como de adotar as teses jurídicas que julgar mais adequada para o esclarecimento do fato.

Outrossim, já está sedimentado no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o posicionamento de que a condução do Inquérito Policial é exclusiva do Delegado de Polícia, sendo vedado a outro órgão o exercício da presidência de inquérito policial.

É o que se observa no aresto colacionado adiante, reproduzindo posição majoritária dos Tribunais:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO PASSIVA. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL INSTAURADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. VIABILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES PELO PARQUET. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DAS FUNÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO DA ACUSAÇÃO BUSCAR OS MEIOS E INSTRUMENTOS NECESSÁRIOS PARA O CUMPRIMENTO DE SUA FUNÇÃO INSTITUCIONAL, PREVISTA CONSTITUCIONALMENTE.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não há vedação legal para a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público, sendo vedada, apenas, a condução do inquérito policial pelo órgão do Parquet (precedentes do STJ e do STF). (...) (RHC 42.742/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014)

Destarte, fica clara a exclusividade da presidência do Inquérito Policial pelo Delegado de Polícia, assentado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e positivada na Lei nº 12.830/2013, o que traz reflexos materiais de elevada importância tanto na esfera interna da investigação criminal, quanto no âmbito externo, limitando a interferência de entes estranhos a Polícia Judiciária no que toca à forma de condução do Inquérito Policial pelo Delegado de Polícia.

Nesse caminhar, o poder de conduzir um inquérito policial, conferido com exclusividade, autonomia e ampla discricionariedade ao Delegado de Polícia impedem que outros órgãos ou entes se manifestem na fase pré-processual de modo a se imiscuir no juízo de oportunidade e conveniência da autoridade policial em sua função constitucional de investigação.

Não há que se aventar a ilegalidade da introdução de um dispositivo de rastreamento em um automóvel, objeto de perquisição, por parte de agente público constitucionalmente competente à investigação policial, desde que este procedimento não afronte preceitos fundamentais, como, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio. Logo, um policial pode perfeitamente fixar um dispositivo, de forma velada, na parte interna e traseira de automóvel estacionado em via pública ou em estacionamento aberto ao público, passando, então, a acompanhar o deslocamento do investigado pelas ruas da cidade.

Sustenta-se a legalidade absoluta da diligência e das provas por meio dela obtidas na medida em que não se opera, em momento algum, a violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do cidadão investigado, pois o que se pretende com uso destes aparelhos é, tão somente, saber sua orientação e movimentação pelas ruas e espaços públicos. Se, eventualmente, este cidadão adentra um local ou recinto, o policial encarregado do monitoramento jamais saberá o que lá dentro, em sua privacidade, o indivíduo fez (ou deixou de fazer), razão pela qual reafirma-se a regularidade da prova obtida.

(...)

Pelo o exposto, defende-se que os tempos atuais impuseram mudança paulatina no sentido da expressão contida no direito fundamental à vida privada, previsto expressamente no texto constitucional e em inúmeros tratados internacionais, os quais o Brasil é signatário. Passando-se, então, a conceber que a inserção de dispositivo rastreador, por agente estatal, ao qual foi conferida competência constitucional para a realização de diligências desta natureza, no curso de Inquérito Policial, procedimento que integra a persecução penal e que fora recepcionado pela Constituição de 1988, não equivale a ataque aos direitos do indivíduo objeto da investigação.

Somada as posições doutrinárias citadas, encontramos uma sentença de fina lavra proferida pelo magistrado RAFAEL LOPES LORENZONI, proferida em 04 de fevereiro de 2019, na cidade de Unai, nos autos do processo de n.º **0704.18**.

00256917, em que apreciou o uso de rastreadores em investigações policiais e decidiu pela desnecessidade de autorização judicial. Confira:

Para o esborreito enfrentamento da preliminar, é mister responder à seguinte questão: **a alocação de rastreadores em suspeitos deve ser precedida de autorização judicial? Ao meu sentir, de plano, verifico que a resposta é negativa.**

A defesa alega violação ao direito de intimidade, situação que ensejaria cláusula reservada à apreciação do judiciário. Para a defesa, não poderia a autoridade policial ter -se utilizado de rastreadores para monitoramento do acusado.

Pois bem. Sobre a intimidade, define a doutrina o seguinte:

"A proteção à intimidade e à vida privada, só com o advento da Constituição de 1988, ganhou, de modo expresso, proteção constitucional e nos seguintes termos: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (...)" (art. 5.º, X, da CF/88 (LGL\1988\3)). O Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, antes, assegurava que 'ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação' (art. 11, n. 2, do Dec. 678 de 1992). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, bem como o Pacto Internacional sobre Direito Civil e Políticos, 1966, já dispunham: 'Ninguém será sujeito a interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências' (art. 12 e 17, respectivamente)." ¹

Por outro lado, o monitoramento via rastreador implantado em veículos de suspeitos é procedimento policial comezinho e possui como alvo a obtenção de dados via satélite (GPS) acerca da de latitude, longitude e direção, permitindo a aferição de localização desse veículo. Ou seja, tratam-se

7.Disponível:

https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=44513081&hash=c6a8d73e37597ef593a2e516668fc6e5. Acesso em 14 de fevereiro de 2021.

apenas de dados, que eventualmente servem de embasamento para realização de diligências policiais.

Logo, ao meu sentir, a inserção de um aparelho de natureza rastreadora em um veículo e o monitoramento da trajetória dele por meio de vias públicas não implica em adentramento à vida privada ou intimidade. Comparo o monitoramento à situação das câmeras de monitoramento que são instaladas em vários pontos da cidade de Unai e de inúmeras rodovias federais ou estaduais, ou nos estabelecimentos comerciais e em órgãos públicos (como cartórios).

Outrossim, as diligências foram todas realizadas em sede de investigação realizada por operações policiais locais em que houve apuração sobre a comercialização, fornecimento e distribuição de drogas sintéticas (ecstasy). As investigações, obviamente, foram realizadas por agentes constitucionalmente competentes para tais atividades vinculadas à Polícia Judiciária. Cabe lembrar que tais atribuições são conferidas pelo artigo 144, § 4º, da Constituição da República, artigo 140, § 3º, da Constituição Estadual Paulista, artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689/1941). Mister lembrar que a Lei 12830/2013 conferiu aos delegados de polícia status de carreira jurídica, com autonomia para realizar tais diligências sem que haja reserva de jurisdição, notadamente por não trazer nenhum contexto de invasão à privacidade.

O direito à intimidade não pode ser invocado para fins de prática de ilícitos. Há limites constitucionais, inclusive, sobre tais direitos. Realizando um comparativo sobre os avanços tecnológicos em prol das investigações, cita a doutrina o seguinte:

“A biometria é um método automatizado de identificação, baseado nas características físicas únicas de um indivíduo. As principais técnicas biométricas atualmente existentes são o reconhecimento de íris, de impressões digitais, de faces, de voz, entre outros. Dentre os sistemas biométricos, o reconhecimento de íris é atualmente o que apresenta melhor relação custo-benefício, por oferecer um alto grau de precisão a custos viáveis. O reconhecimento de íris é

adotado atualmente nos aeroportos de Amsterdã. O sistema - batizado de Privium 11- permite a venda de passagens aéreas vinculadas às características biométricas da íris do usuário, que é conferida no momento do embarque. O novo sistema é vendido como uma facilidade para o cliente que não necessita aguardar na fila de embarque, mas tão-somente dirigir-se a uma entrada especial onde a geometria de sua íris é comparada aos dados do bilhete.”

Observe-se que nos exemplos do sistema de monitoramento “olho vivo”, em Unai, ou mesmo o sistema de reconhecimento de características biométricos - que voltam-se diretamente **às pessoas dos suspeitos** – não se identifica qualquer tipo de invasão à privacidade, nem se cogita de autorização judicial para fins de gravação da imagens de indivíduos que estão em **via pública. Assim, ainda sobre a utilização da tecnologia para fins de desvendar crimes e desarticular organizações criminosas, é importante notar que o rastreador não foi colocado na pessoa do suspeito, e sim em um veículo [...].**

Das considerações finais

Por todo exposto, concluímos que dependerá do caso concreto acerca da (des)necessidade de autorização judicial para o uso de rastreadores em investigações policiais, vez que em hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: se em casa com perímetro todo murado ou cercado (que a privacidade e intimidade devem ser observadas) ou locais equivalentes, é sustentável a necessidade de uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita estaria eivado de inobservância constitucional e legal.

De outro lado, na segunda hipótese de instalação/emprego do rastreador veicular e o atual local que o veículo se encontra para fins de investigações: veículo em logradouros públicos (vias públicas) de tráfego entre outros ambientes públicos abertos ou privados abertos ao público, em que a privacidade e intimidade é drasticamente sacrificada para não dizer eliminada, inclinaríamos a sustentar que seria desnecessária uma ordem judicial prévia para evitar questionamentos e invalidações, já que o ingresso para coleta de possível elemento informativo e/ou prova propriamente dita, já que não haveria mácula de inobservância constitucional e legal.

Portanto, o uso do rastreador em momento algum promove à violação dos direitos fundamentais à proteção da vida privada e da intimidade do indivíduo investigado, uma vez que a finalidade do uso deste aparelho é de apenas monitorar o alvo pelas ruas, espaços públicos e espaços privados, em que jamais o policial terá ciência do que ocorrera dentro dos espaços eventualmente fechados. Assim, o rastreador não afetaria a privacidade a ponto de ter ciência do que o indivíduo fez (ou deixou de fazer), sendo plenamente hígido o elemento informativo e/ou a prova obtida a partir dele, desde que observados os preceitos constitucionais e legais quanto ao domicílio do indivíduo referente a instalação/emprego do rastreador no veículo.

A MORATÓRIA COMO IMPORTANTE INSTRUMENTO PARA FACILITAR O PAGAMENTO DE TRIBUTOS NESSE PERÍODO DE CRISE CAUSADA PELA COVID-19

DIONE BATISTA DOS SANTOS:

Bacharel em Direito, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), advogado e procurador do Município de Arapoti/PR;

RESUMO: O mundo vem passando por uma crise em razão da COVID-19, um dos setores mais afetados é a economia. Pessoas estão perdendo seus empregos, sofrendo diminuição de salários, enfim, a situação está difícil tanto para empregados como empregadores. Uma das consequências dessa crise financeira é a dificuldade das pessoas se manterem adimplentes com suas obrigações, inclusive em relação ao pagamento de tributos. Um importante instrumento que o Estado possui para facilitar aos contribuintes o pagamento dos seus débitos tributários, sem renúncia de receita, é a moratória. Ao longo do presente artigo será feita uma exposição sobre essa importante hipótese de suspensão do crédito neste momento de crise causado pela COVID-19.

Palavras-chave: COVID-19. Crise financeira. Moratória.

ABSTRACT: The world has been going through a crisis due to COVID-19, one of the sectors most affected is the economy. People are losing their jobs, suffering wage cuts, in short, the situation is difficult for both employees and employers. One of the consequences of this financial crisis is the difficulty for people to keep up with their obligations, including in relation to the payment of taxes. An important instrument that the State has to make it easier for taxpayers to pay their tax debts, without renouncing their revenue, is the moratorium. Throughout this article, a presentation will be made on this important hypothesis of credit suspension in this moment of crisis caused by COVID-19.

Keywords: COVID-19. Financial crisis. Moratorium.

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Crise financeira causada pela COVID-19; 3. Moratória; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Através deste artigo será feita uma breve exposição da crise financeira causada pela COVID-19, que vem afetando o poder aquisitivo das pessoas, fazendo com que estas tenham dificuldade até mesmo de pagar suas dívidas cotidianas. Será feita uma exposição da moratória como importante instrumento facilitador do pagamento de dívidas tributárias. Durante este artigo serão feitos breves apontamentos sobre conceitos e características da moratória.

2. CRISE FINANCEIRA CAUSADA PELA COVID-19

O mundo está passando por uma crise causada pelo Coronavírus COVID-19 que infelizmente já causou a morte de milhares de pessoas. Tal pandemia vem causando crise não somente na saúde pública, mas também econômica, política, enfim uma crise social e mundial.

Ainda não há um cenário de quando essa crise vai passar. Um dos setores mais afetados é a economia, empresas estão fechando as portas, pessoas perdendo seus empregos, pequenos empresários presenciando seus lucros despencarem, enfim, várias pessoas estão com dificuldades em manter estabilizadas suas vidas financeiras.

Todo o ano, em especial no seu início, as obrigações tributárias vêm pesar ainda mais a carga de dívidas dos brasileiros, pode ser citado o IPTU e o IPVA como exemplos de tributos que muitas vezes diminuem a euforia do próspero ano novo. Se já era difícil nos anos normais, nesse atípico 2021, que ainda sente as dores de 2020, a situação está ainda mais complicada para os contribuintes brasileiros.

Certamente a moratória pode ser um facilitador do cumprimento das obrigações tributárias pelo contribuinte.

3. MORATÓRIA

A moratória encontra-se prevista no art. 151, I, do Código Tributário Nacional (CTN) como uma das hipóteses de suspensão do crédito tributário. Sua regulação específica nesse diploma legal encontra-se do art. 152 ao art. 155.

Embora o CTN não conceitue o instituto, ela pode ser definida em palavras breves como uma **dilação legal de prazo para pagamento de tributo**. Portanto, não se trata de dispensa do pagamento do tributo, mas apenas de dilação do prazo para pagamento.

Na lição de Josiane Minardi⁸ a moratória:

⁸ MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. P. 318

“Trata-se de **dilação** legal do prazo de pagamento do tributo. Isso que dizer que ocorrendo o fato gerado e existindo a moratória, o sujeito passivo deverá pagar o tributo, mas de modo prorrogado e não no instante em que ocorrer o fato gerador. Vale destacar que a moratória consiste em dilação e não dispensa de pagamento do tributo, e será sempre concedida por lei.”

A moratória pode ser concedida em caráter geral, hipótese em que a lei objetivamente dilata o prazo pagamento do tributo, sem necessidade de comprovação pelo contribuinte de alguma característica pessoal (art. 152, I, do CTN); como também pode ser concedida em caráter individual, alcançando apenas pessoas que preencham determinados requisitos previstos em lei e que deve ainda ser averiguados pela autoridade administrativa que concederá o benefício através de despacho (art. 152, II, do CTN).

O art. 152, I, do CTN estabelece em suas alíneas que a moratória pode ser concedida em **caráter geral** tanto pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira (alínea *a*), quanto pela União, em relação a tributos de competências dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e as obrigações de direito privado (alínea *b*).

Outra importante forma de se utilizar à moratória é que ela pode ser aplicada somente à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a instituir legalmente, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos (art. 152, parágrafo único, do CTN). Na lei concessiva o fisco estabelecerá seu prazo de duração, as condições de concessão de favor em caráter individual e também **poderá delimitar sua aplicação para determinados tributos**, o número de prestações e seus vencimentos e garantias que devem ser fornecidas pelo beneficiário no caso de concessão em caráter individual (art. 153 do CTN).

No tocante à abrangência de créditos tributários, o art. 154, *caput*, do CTN estabelece que, salvo disposição legal contrária, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo. No seu parágrafo único, o art. 154 do CTN estabelece que a moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do terceiro em benefício daquele, ou seja, afasta sua aplicação para contribuintes munidos de má-fé.

Por fim, o art. 155 do CTN encerra a regulação legal da moratória estabelecendo que sua concessão **não gera** direito adquirido e será revogada de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora: (inciso I) com imposição da penalidade cabível (a ser estabelecida legalmente), nos casos de dolo ou simulação do beneficiado, ou de terceiro em benefício daquele; (inciso II) sem imposição de penalidade, nos demais casos. No caso do inciso I, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito de prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

Lembrando que o objetivo do presente artigo não é esgotar a conceituação da moratória, estes são os breves apontamentos de suas características que podem ser utilizadas para a facilitação do pagamento do crédito tributário pelos contribuintes nesse momento de crise financeira. Como, por exemplo, os prefeitos podem utilizar ela somente para o recolhimento do IPTU, aumentando o número de parcelas, estender o termo inicial de vencimento somente para o segundo semestre, que ela somente se aplica para desempregados, pessoas que ganham até 02 (dois) salários mínimos etc. O CTN dá vários mecanismos para facilitar o pagamento de tributos através da moratória, sem necessidade do fisco dispensar sua arrecadação, que também se mostra necessária nesse momento de crise.

Citado na obra de Eduardo Sabbag⁹, o professor da UERJ Ricardo Lobo Torres, que nos deixou em 25/05/2018, destaca que a moratória se justifica “nos casos de calamidade pública, enchentes e catástrofes que dificultem aos contribuintes o pagamento dos tributos. Também encontra justificativa nas conjunturas desfavoráveis a certos ramos de atividade. Segue-se daí que pode se circunscrever a determinada região do território da entidade tributante, onde tenham sido mais graves os reflexos da crise provocada pela calamidade ou pela conjuntura econômica”.

Oportuno destacar que a moratória não se destina somente à pessoa física, também pode beneficiar empresas e demais pessoas jurídicas que iniciam o ano de 2021 fragilizadas pelas medidas restritivas adotadas pelos governantes de fechamento do comércio, com o intuito de inibir a propagação da COVID-19.

9 SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 843.

Sem sombra de dúvidas a moratória é um importante instrumento de respeito à capacidade contributiva das pessoas afetadas pela crise financeira gerada pela COVID-19.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado neste artigo o mundo está passando por uma crise mundial que vem afetando a capacidade contributiva das pessoas. Os governos por outro lado precisam de receitas para manter e fortalecer suas políticas públicas, até mesmo para investir na saúde e combater a COVID-19.

Uma forma de combater a COVID-19 facilitando a vida financeira das pessoas e mantendo a arrecadação do fisco é a moratória, instrumento tributário pouco utilizado pelas pessoas jurídicas de direito público, mas que no atual cenário nacional mostra-se um instrumento de alívio, não sentimental, mas de índole tributária para a sofrida população brasileira.

As leis podem ser utilizadas para aliviar as dores populares, a moratória é um exemplo de benefício tributário que pode ser concedido em prol dos contribuintes. A arrecadação tributária deve ser utilizada de maneira eficiente, abastecendo os cofres públicos para atender as políticas públicas e sociais, mas sem deixar de olhar as necessidades e dificuldades dos contribuintes.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS NO CASAMENTO ENTRE MAIORES DE SETENTA ANOS: UMA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL.

JÉSSICA PINTO DE AQUINO: Bacharel em Direito. Assistente Jurídico. Aprovada no XXX Exame da Ordem. Autora do trabalho acadêmico “O regime da separação obrigatória de bens no casamento entre de setenta anos: uma perspectiva civil-constitucional”, como requisito de obtenção do diploma de Graduação da Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente artigo teve por objetivo analisar a incompatibilidade do artigo 1641, inciso II do Código Civil de 2002 que impõe o regime da separação obrigatória aos maiores de setenta anos, sob uma perspectiva civil-constitucional. A referida norma fora interpretada à luz da Constituição Federal e dos valores sociais que forjaram as novas estruturas familiares, baseadas no afeto e solidariedade. A imposição do regime de bens, a partir de uma leitura fria, caracterizou-se como uma intervenção indevida do Estado na vida privada dos indivíduos que viola seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Regime da separação obrigatória de bens. Maiores de setenta anos. Patrimonialismo. Família. Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento: 2.1. Dos valores do Código Civil de 1916 à constitucionalização do Código Civil de 2002 – breve histórico; 2.2 O regime da separação obrigatória e as mudanças introduzidas no artigo 1641, inciso II pelo Código Civil de 2002: 2.2.1 Direito fundamental à escolha do regime de bens; 2.2.2 Princípios constitucionais afetados; 2.3. Os novos arranjos familiares e a obsolescência da regra do artigo 1641, inciso II do Código Civil; 2.4 O regime da separação obrigatória e o critério etário. 3. Conclusão. Referências

1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar a norma contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, que impõe o regime da separação obrigatória de bens às pessoas maiores de setenta anos e as implicações geradas na esfera jurídica desses indivíduos, bem como a sua dissonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Para alcançar esse objetivo, define-se o regime da separação obrigatória, e sua repercussão na esfera jurídica de quem a ele se submete, com ênfase no inciso II do artigo 1.641 do diploma civilista em vigor, de modo que seja possível a

reconstrução breve, porém densa, de uma perspectiva histórica da norma a fim de se verificar os resquícios de valores patrimonialistas característicos do Código Civil de 1916, mas incongruentes com os valores sociais da pós-modernidade.

Debruçar-se, ainda, em analisar a hipótese de colisão entre o regime da separação legal e os direitos fundamentais dos indivíduos septuagenários, frente aos princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e da liberdade.

Visa também constatar a incompatibilidade do artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002 com o ordenamento jurídico, sistematicamente considerado, e, principalmente, seus reflexos negativos mais expressivos quando cotejado com a Constituição, o Direito de Família atual e a Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso.

Demonstra-se a insuficiência do critério etário para justificar a interferência estatal na autonomia privada dos indivíduos, vez que o alcance de certa idade não deve ser presumidamente causa de incapacidade por ausência de discernimento.

Atualmente, considera-se a pessoa como idosa a partir dos sessenta anos, e diante dos evidentes avanços da ciência, no campo da medicina e tecnologia, o aumento da expectativa de vida tende a ser constante, de modo que o regime da separação obrigatória deverá cada vez mais afetar um percentual significativo da sociedade.

A sociedade passou por transformações consideráveis em vários aspectos, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O Direito, mormente o Direito de Família, se mostrou um dos ramos onde mais ocorreram alterações relevantes, no que tange à composição e à importância afetiva na ambiência familiar, à constituição de matrimônio, entre outras. No entanto, em que pese as reconhecidas e louváveis mudanças, persiste a restrição à escolha ao regime de bens às pessoas maiores de setenta anos, imposição que se traduz em verdadeira discriminação.

Partindo-se da premissa do Estado Democrático de Direito que objetiva tratar a todos de maneira isonômica, protegendo a dignidade e a liberdade das pessoas, o notável pretexto de proteção não mais se sustenta, mesmo por que o próprio Estatuto do Idoso assegura e ratifica o direito de envelhecer dignamente.

De tudo exposto, este artigo visa propor reflexões acerca da adequação da norma em questão, e para tanto adotou-se análises doutrinárias, jurisprudenciais, consultas à legislação própria, e artigos científicos com o fito de propiciar uma apresentação clara do tema, visto a sua relevância não só para o grupo social envolvido, como para manter a harmonia do sistema jurídico pátrio.

2 - DESENVOLVIMENTO

2.1. DOS VALORES DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 À CONSTITUCIONALIZAÇÃO CÓDIGO CIVIL DE 2002DO.

O Código Civil brasileiro de 1916, conhecido como Código Beviláqua, sofreu forte influência do Código de Napoleão de 1804, tendo como base fundamental a propriedade, a família e o contrato.

Em decorrência do meio social, o Código cuidou de tutelar a propriedade, bem como assegurar a livre disposição de bens, posto que nisto consistia a condição de sujeito de direito: ser detentor de um patrimônio, e, portanto, capaz de celebrar contratos.

Aduz FACHIN:

os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas. 10

A família como tripé do Direito Privado clássico se fundamenta na relação histórica entre os bens e o casamento. Longe de uma visão romântica, reduzidas de vínculo afetivo, as uniões mais pareciam verdadeiras negociações financeiras. Desta forma, tradicionalmente a família se resumia em uma forma de reunião, manutenção e ou transmissão de patrimônio.

Acertadamente observa Sílvio Venosa:

Por muito tempo na história, inclusive durante a idade média, nas classes mais nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo do seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos

10FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003. p. 12-13.

direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religiosa-familiar”¹¹

O diploma civilista de 1916 manteve-se alinhado aos valores conservadores e a moral cristã dominante, de modo que o casamento, enquanto ritualística que sacramentava o matrimônio, passou a ser considerado o principal mecanismo de formação da família – que deixa de ser concebida como um fato social e se torna a instituição sagrada da sociedade.

Estabelecida a partir de ato célebre, nos termos da lei e da religião, a unidade familiar que se considerava legítima resultava do casamento entre o homem e a mulher, e os filhos havidos dessa união. Segundo Stolze Gagliano e Pamplona Filho, a família formava um “núcleo de pessoas submetido à autoridade de um mesmo *pater familias*”¹². Qualquer variação desse formato familiar não só recebia veemente combate da Igreja, como também não encontrava amparo na normatização jurídica pátria.

Relegados à margem da sociedade e da lei, estavam os filhos havidos fora do casamento, considerados ilegítimos, bem como a vida em comum das pessoas que não adotavam a solenidade do casamento, caso da concubina; situações jurídicas que permaneceram no limbo discriminatório por muito tempo, sendo as pessoas envolvidas alijadas do reconhecimento de seus direitos.

Conquanto houvesse plena proteção à autonomia da vontade no que se refere à esfera patrimonial, disposição de bens e relações contratuais, no que tange à família ainda imperava o conservadorismo. A título de curiosidade, no Código Civil de 1916, a mulher teve lugar no rol dos relativamente incapazes. Muitas mulheres sequer chegavam a adquirir a capacidade plena, pois se casavam antes de completar a maioridade civil, aos 21 anos.

Como apontam Stolze Gagliano e Pamplona Filho, outro aspecto curioso que revela a arraigada característica patrimonialista do Código Civil de 1916 se encontra no fato de que “dos 290 artigos da parte destinada ao Direito de Família, 151

¹¹VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

¹²GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil – v. 6*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

tratavam de relações patrimoniais e 139, de relações pessoais”¹³, corroborando as críticas ao materialismo demasiado que orientava as normas familiaristas.

Em que pese os méritos técnicos da codificação privada de 1916 – o que a permitiu vigorar por quase cem anos – ao longo do tempo o seu prisma individualista, conservador e patrimonialista tornou-se incompatível com as transformações ocorridas na sociedade, como expõe Tartuce:

*Todavia, esse Código há muito tempo se encontrava desatualizado, eis que inspirado na visão burguesa do Código Civil Francês de 1804. Nosso Código Civil anterior era, assim, uma lei individualista, patrimonialista e egoísta, não preocupada com os valores sociais e com os interesses da coletividade*¹⁴.

No decurso do século XX, houve intensa agitação política no país e a necessidade de um novo diploma civilista mais adequado aos anseios sociais que despontavam urgia. Nesse contexto, em meados de 1975, iniciaram-se os trabalhos de elaboração do novo Código Civil brasileiro, que apenas fora publicado em 2002, isto é, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual provocou o fenômeno conhecido como constitucionalização dos institutos privados.

A Constituição Federal de 1988 representava uma ruptura com o período autoritário recente, trazendo feições de liberdade e humanização, diferente do Código Civil de 2002 que, apesar dos consideráveis avanços que o afastaram do individualismo preponderante de seu diploma antecessor, principalmente pela adoção dos princípios basilares da eticidade, socialidade e operabilidade, ainda trazia em seu bojo normas axiologicamente anacrônicas se cotejadas com a Carta Magna de 1988, carregadas de uma visão conservadora e patrimonialista, como explica Tartuce:

A Constituição de um Estado e o seu Código Civil, partindo das premissas acima expostas, têm distinções do ponto de vista da sua gênese. A primeira é resultado de um ato de desvinculação com o passado, ou seja, uma ruptura com a ordem anterior e um novo ponto de partida. Já o Código Civil não tem esse

¹³GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 67.

¹⁴TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral* – v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 130.

*caráter de desvinculação, tendo até certa dose de conservadorismo, uma vez que a norma civil se desenvolve pouco a pouco, sendo resultado de um amadurecimento social e econômico segundo exigências que surgiram das experiências da coletividade, do meio social.*¹⁵

Assim, adotando-se a Constituição como centro do ordenamento jurídico, a interpretação do Código Civil em vigor, necessariamente, deve considerar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Significa reconhecer um núcleo existencial mínimo de direitos, mormente nas relações privadas, garantindo-se proteção concreta à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à igualdade, entre outros direitos fundamentais.

No tocante ao Direito de Família, a influência do processo de constitucionalização provocou a ocorrência da repersonalização e da despatrimonialização. Assim, a pessoa passa a ser considerada como um fim em si mesmo e a instituição familiar como um meio de realização pessoal, em detrimento de uma concepção puramente materialista.

Conforme irretocável análise do professor Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

*Passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada partícipe. A efetividade das normas constitucionais implica a defesa das instituições sociais que cumprem o seu papel maior. A dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, daí a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de darespecial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie. Propõe-se, por intermédio da repersonalização das entidades familiares, preservar e desenvolver o que é mais relevante entre os familiares: o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada partícipe, com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas.*¹⁶

¹⁵TARTUCE, Flavio. *op. cit.*, p. 159.

¹⁶GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida – introdução ao tema sob a perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250.

Conforme Stolze Gagliano e Pamplona filho, a perspectiva civil-constitucional “reconhece à família uma função social, em nível constitucional, de realização existencial do indivíduo”.¹⁷

Traçada, pois, uma visão panorâmica e histórica do Direito Privado, precipuamente dos valores conservadores e patrimonialistas inculcados nas relações privadas, especialmente familiares, até a posterior alteração de paradigma axiológico, a partir da constitucionalização do Direito Civil, todavia ainda subsiste o resquício conservador no que concerne ao regime da separação obrigatória de bens impostos às pessoas maiores de setenta anos, como a seguir será apresentado.

2.2 O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS E AS IMPLICAÇÕES TRAZIDAS PELA SÚMULA 377 DO STF.

A família é anterior ao casamento. Este possui natureza mista, pública e privada, contratual e institucional. Enquanto ato solene, que oficializa a família perante o Estado e a sociedade, o casamento opera efeitos tanto de ordem pessoal, quanto patrimonial.

Nesse sentido, Stolze Gagliano e Pamplona Filho conceituam o regime de bens como “o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou, simplesmente, *o estatuto patrimonial do casamento*”¹⁸.

Em vigência no Código Civil de 2002, o regime de bens divide-se em quatro: comunhão parcial de bens (art. 1.658 a 1.666), comunhão universal de bens (art. 1.667 a 1.671), participação final nos aquestos (art. 1.672 a 1.686), separação (convencional ou obrigatória) de bens (art. 1.687 a 1.688).

O regime da separação obrigatória incidirá caso se configure uma das situações previstas nos incisos I, II e III do artigo 1641, do Código Civil. O inciso I trata das pessoas que contraírem casamento com inobservância de causas suspensivas; em seguida, o inciso II se refere às pessoas maiores de 70 (setenta) anos; e por fim, o inciso III faz alusão a todos os que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. Nessas hipóteses, a lei prevê que cada cônjuge manterá a administração dos seus bens, não existindo comunicação entre qualquer bem, havido ou não na constância do matrimônio.

17GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, 65.

18GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.* 310.

No entanto, o entendimento foi modificado a partir da edição da Súmula 377 do STF, com o seguinte teor: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”¹⁹. A referida súmula tem sido adotada nos casos de matrimônios que estejam sob a égide do regime de separação legal, quando a ascensão patrimonial conjuga esforço mútuo, a fim de evitar o enriquecimento ilícito por qualquer dos partícipes da relação.

Precipualemente, existem acirradas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da necessidade de prova ou não do esforço comum para fins de comunicação dos bens. Para a maioria da doutrina e da jurisprudência, há de se comprovar a participação no acréscimo patrimonial.

Outro importante debate se dá quanto ao cancelamento ou não da Súmula 377 do STF, tendo em vista que o artigo 259 do Código Civil de 1916, no qual aquela se baseia, não fora reproduzido pelo Código Civil de 2002. Por outro lado, a maioria da doutrina e da jurisprudência entende de forma diversa, isto é, que a referida súmula não foi revogada, posto que seu fundamento se finca na vedação ao enriquecimento sem causa, cujo instituto não só se mantém válido e eficaz, como se mostra de vital relevância para coibir o locupletamento sem causa.

No mesmo sentido, Stolze Gagliano e Pamplona Filho observam que “o que se quer, com a súmula, é exatamente o inverso: evitar-se a insensatez de se impedir a comunicabilidade dos bens amealhados pelo esforço comum, sob pena de se permitir – ou até se incentivar – o enriquecimento sem causa de uma das partes”²¹.

Nesse diapasão, em 2018 o STJ publicou a seguinte decisão:

Embargos de divergência no recurso especial. Direito de família. União estável. Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquiridos onerosamente. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da Súmula 377/STF. Embargos de divergência providos. 1. Nos moldes do

19BRASIL. STF: banco de dados. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>. Acesso em: 21 set. 2020.

20 PLANALTO: banco de dados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 21 set. 2020.

21GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 327.

art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial” (STJ, EREsp 1.623.858/MG, 2.ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.ª Região), j. 23.05.2018, DJe 30.05.2018).²²

Nessa mesma linha de inteligência, vale destacar a exposição brilhante de Tartuce para o qual há várias razões para que haja necessidade de prova de esforço comum. Segundo o Autor, a primeira concentra-se no fato de que a ausência de comprovação do esforço comum, transforma a separação legal na comunhão parcial de bens. A segunda, diz respeito à vedação ao enriquecimento ilícito, caso ocorresse comunicação automática. Por conseguinte, o Autor expressa dúvidas quanto à eficiência do regime da comunhão parcial. Por último, conclui que o melhor caminho seria mesmo a extinção do regime de separação legal.²³

Ainda quanto a Sumula 377 do STF, discute-se a possibilidade de seu afastamento por meio de pacto antenupcial, especialmente na hipótese do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil que impõe o regime da separação legal aos maiores de setenta anos.

Por força do artigo 1.639 do Código Civil de 2002, que confere aos nubentes o poder de decidir o regime que melhor aprover, não se tratando de matéria de ordem pública, e sim de direitos disponíveis, não haveria impedimento em realizar pacto antenupcial.

22 BRASIL. STJ. Banco de Dados. EREsp 1.623.858/MG, 2.ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1623858&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso: 22 set. de 2020.

23TARTUCE, Flavio. *op. cit.*, p. 229.

Em 2018, Conselho da Justiça Federal, na VIII Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado n. 634, dispondo que:

É lícito aos que se enquadrarem no rol das pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da súmula 377 do STF.²⁴

Desta forma, verifica-se intensa mitigação da essência do regime da separação legal, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina, justamente em razão da desarmonia do instituto a partir de uma interpretação sistemática da Constituição e do próprio direito de família.

2.3 A (IN) CONGRUÊNCIA DO ARTIGO 1641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL FRENTE AO ESTATUTO DO IDOSO.

Desde o Código Civil de 1916, o regime da separação obrigatória se impõe a um grupo de pessoas com maior idade, em clara discriminação, senão vejamos.

O artigo 258, parágrafo único, inciso II do Código de Beviláqua, sob o pretexto de tutelar os interesses patrimoniais, privou as pessoas consideradas idosas de exercer sua autonomia privada, impedindo-as de optar pelo regime de bens mais conveniente.

No Código Civil de 1916, a separação obrigatória incidia sobre os homens aos 60 (sessenta), e sobre as mulheres aos 50 (cinquenta) anos. Havia um motivo na evidente discrepância entre homens e mulheres – as mulheres eram consideradas relativamente incapazes e, como tal, se na juventude havia maturidade de menos, ao atingir os 50 (cinquenta) anos, presumia-se que não fossem capazes de discernir sobre suas relações pessoais e patrimoniais.

Em que pese os avanços trazidos pelo Código Civil de 2002, a adesão ao regime da separação legal constitui uma das razões de ter “nascido velho”. Devido ao longínquo tempo de tramitação e à mentalidade limitada ao tempo daqueles que participaram da sua elaboração, resquícios de valores patrimonialistas de outrora foram reproduzidos no “novo” diploma civilista.

24 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n° 634 da VIII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1173>. Acesso em: 21 set. 2020.

O artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002, inicialmente obrigava o regime da separação aos maiores de 60 (sessenta) anos, nesta oportunidade para ambos os sexos. O referido artigo teve sua redação alterada pela Lei nº 12.344 de 201025, a qual majorou para 70 (setenta) anos a obrigatoriedade do regime.

Com razão, a regra sofreu, e continua sofrendo, duras críticas em função do seu caráter discriminatório, inclusive acusações de padecimento de inconstitucionalidade, o que ensejou o Enunciado nº 125 do CFJ/STJ que se reproduz:

A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses.²⁶

O critério baseia-se na média da expectativa de vida da população, que vem aumentando no decorrer dos anos, o que não o torna juridicamente aceitável. Ao contrário, revela-se uma norma preconceituosa, já que, na idade mais avançada, justamente ancoram-se conhecimentos mais sólidos sobre a vida, sendo, portanto, a pessoa idosa plenamente capaz de discernir as consequências das suas escolhas.

Além de tudo, o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/0327, que define como idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, assegura-lhes "todos os direitos fundamentais, bem como oportunidades e facilidades para preservação de

25 BRASIL. Planalto. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12344-9-dezembro-2010-609637-norma-pl.html>. Acesso: 21 set. 2020.

26 BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018-1_capituloIDireitoCivil.pdf. Acesso em: 21 set. 2020

27 BRASIL. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso: 22 set. 2020.

sua saúde física, moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”²⁸.

Extraí-se do referido Estatuto que os idosos, seja minoria etária, seja minoria étnica, merece especial proteção, bem como os demais grupos vulneráveis – como crianças, mulheres, deficientes, e aquelas cuja orientação sexual difere da heterossexual. A tutela que se propõe aos direitos fundamentais visa permitir a continuidade de uma vida plena, tal qual teve a oportunidade de desfrutar na juventude, incluindo o respeito à liberdade e à autonomia da pessoa em idade madura.

No entanto, a viabilidade desta propositura de vida digna aos idosos, consagrada tanto no texto constitucional, quanto em normas infraconstitucionais, resta prejudicada quando há interferência do Estado que extrapola o seu papel de garantidor e não cerceador de direitos. Contraditoriamente, esse tem sido o papel do regime da separação legal ao impor sobre as pessoas de idade avançada um ônus sob a justificativa de proteção patrimonial baseada em impressões subjetivas, como evitar “golpe do baú”, ou em critério objetivo, como a idade, todavia preconceituoso.

Dessa forma, assim como qualquer norma, o art. 1.641, inciso II do Código Civil²⁹ deve ser compreendido sistemicamente, sob a perspectiva do ordenamento jurídico, cujo parâmetro de validade busca-se na Constituição.

2.4. DIREITO FUNDAMENTAL À ESCOLHA DO REGIME DE BENS.

Como apontado no item 2.1 deste trabalho, as relações familiares historicamente serviram de sustentáculo para interesses patrimoniais, morais e religiosos.

²⁸ *Idem*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso: 22 set. 2020.

²⁹ BRASIL. *Código Civil* (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 22 set. 2020.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988³⁰, instaura-se uma nova ordem jurídica, na qual a família recebe a alcunha de “base da sociedade”³¹, além da previsão de uma cláusula geral de proteção ao idoso.

Decorrência lógica, a escolha ao regime de bens se constitui em direito fundamental, não por resumir à família um aspecto patrimonial vazio, mas por definir o meio pelo qual se viabilizará a vida material dos indivíduos que compõem a família.

Mais gravosa a restrição se revela quando estabelecida em razão da idade, cujo limite é alterado conforme as vicissitudes do legislador infraconstitucional, não gozando sequer de base científica que a justifique.

O próprio Código Civil de 2002 dispõe que “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”³², e se contradiz em manter a restrição desmotivada.

Assim, a norma contida no artigo 1.641, inciso II do Código Civil evidencia-se incompatível com a Constituição, e violadora de direitos fundamentais assegurados aos idosos, principalmente os princípios da dignidade da pessoa, da liberdade e da igualdade, senão vejamos.

2.5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AFETADOS: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PRINCÍPIO DA LIBERDADE, PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A partir do conceito de imperativo categórico desenvolvido por Kant, o ser humano passa a ser concebido como um fim em si mesmo e sobre o Estado recai a tarefa de ser agente de concretização, ora absenteísta, ora garantidor, do valor intrínseco da pessoa.

Ao se tornar o pilar jurídico do Estado, a Constituição firmou suas bases nos direitos fundamentais, compreendidos, assim, como núcleo protetivo da dignidade da pessoa humana, vértice fundante do sistema jurídico pátrio.

30 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 22 set. 2020.

31 *Idem*. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 23 set. 2020

32 *Ibidem*. BRASIL. *Código Civil* (2002). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 23 set. 2020.

A dignidade da pessoa humana aplica-se de maneira universal, a todas as pessoas, independente de origem, sexo, cor, idade, e qualquer outra forma de discriminação.

Nesse contexto, a família supera os valores de outrora para se tornar um meio de realização pessoal dos indivíduos. Por essa razão, sobre ela incide a tutela dos direitos fundamentais, de modo que a limitação à escolha ao regime de bens, imposta aos maiores de setenta anos, representa indefensável ofensa ao propósito a que se destina.

O regime da separação legal ou obrigatória imposta aos idosos igualmente resvala no princípio basilar da isonomia, especialmente sobre o prisma da igualdade material. O tratamento discriminatório considerado positivo – tratar os desiguais de maneira desigual – sequer é aventado, já que a norma prevê apenas o ônus da proibição e restrição de um direito.

Como observam Stolze Gagliano e Pamplona Filho de forma brilhante, “o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso” 33.

Há anos os tribunais vêm adotando posicionamentos distintos quanto ao regime da separação legal estabelecido para os maiores de setenta anos. A tendência jurisprudencial inclina-se a relativizar o instituto, fazendo prevalecer o direito fundamental dos idosos.

Ademais, o princípio da liberdade é frontalmente ferido neste regime de bens, já que interfere excessivamente na órbita da autonomia privada do indivíduo maior de setenta anos, revelando-se a regra uma verdadeira sanção à velhice, *data vênia*, ao contrário da alegação de norma protetiva.

Por fim, além de comportar cristalina inconstitucionalidade, visto que o artigo 1.641, inciso II do Código Civil de 2002 não se coaduna com o exercício interpretativo sistemático da Constituição e seu reflexo sobre as leis infraconstitucionais, sustenta-se em uma injustiça.

2.6. OS NOVOS ARRANJOS FAMILIARES E A OBSOLESCÊNCIA DO ARTIGO 1.641, INCISO II DO CÓDIGO CIVIL.

Como alhures pontuado, a transição para o séc. XXI imprimiu significativas mudanças nas relações familiares, provocando alterações terminológicas e

33GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op.cit.*, p. 325.

ontológicas no termo "família". Família é gênero que comporta várias espécies, não se restringindo a um modelo único.

O pluralismo das relações familiares pauta-se na concepção pós-moderna de que a família, enquanto *célula mater* da sociedade, tem o escopo precípua de proporcionar bem-estar emocional, psíquico e material aos seus membros, passando ao largo dos fins meramente patrimoniais e religiosos.

Nesse diapasão, anota OLIVEIRA:

Desde então tem se tornado mais nítida a perda do valor do Estado e da Igreja como instância legitimadora da comunhão de vida e nota-se uma crescente rejeição das tabelas de valores e dos deveres conjugais predeterminados por qualquer entidade externa aos conviventes.³⁴

A reprogramação dos núcleos familiares, permeados pela horizontalidade de direitos e deveres entre seus membros, em que responsabilidades são partilhadas, permite concluir que o artigo 1641, inciso II do Código Civil em vigor se mostra obsoleto e anacrônico, visto que a alegação de se evitar o famoso "golpe do baú" comporta uma subjetividade na qual o Direito não pode se amparar para fins de restringir direitos, especialmente quando os partícipes se tornam igualmente responsáveis pela funcionalização e manutenção da família.

A lei do divórcio, o reconhecimento dos direitos da concubina, o tratamento igualitário entre os filhos havidos ou não do casamento, bem como o posterior reconhecimento da união homoafetiva, a admissão da socioparentalidade, são demonstrações de fatos sociais que necessitavam de um olhar mais cuidadoso do Direito. O mesmo se aplica aos idosos quanto à ingerência indevida do Estado que inviabiliza a autonomia privada de um grupo socialmente vulnerável, quando deveria ampliar as suas possibilidades de vida plena, uma vez que a idade não preenche o rol das incapacidades.

O princípio da efetividade consubstancia que os laços de afeto que mantêm a família devem ser respeitados, bem como suas diferenças, de modo que não se deve partir de uma presunção *iure et jure* de ausência de discernimento para o estabelecimento de vínculos saudáveis somente em razão da avançada idade, sob pena de violação daquele princípio.

34 OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito de Família*. 2. Ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. 336.

O princípio da intervenção mínima determina que ao Estado cabe apenas oferecer apoio e assistência aos idosos, não extinguir sua base sócio-afetiva e mobilidade patrimonial. A própria essência da família, primeira unidade de formação do ser humano, sufoca por amarras legais que tornam inviável a concretização do princípio da função social daquela instituição, enquanto 'base da sociedade'

Em última análise, o artigo 1641, inciso II do diploma civilista agride o princípio da proteção ao idoso, uma vez que não respeita sua autonomia privada, alijando-o do direito de constituir família em patamar de igualdade com as demais pessoas, o que torna a norma em questão um entrave desnecessário que não se coaduna, sob qualquer pretexto, com o espírito do ordenamento jurídico, posto que se sustenta na alegação de proteção que, por fim, se fragilizou ante os novos arranjos familiares.

3 - CONCLUSÃO

Observou-se brevemente o percurso histórico da instituição familiar a fim de contextualizar social e juridicamente a origem da influência dos valores patrimonialistas, bem como registrar as graduais alterações por que passou o casamento, desde a sua promoção por intuito meramente religioso, conservador e patrimonialista, até a perspectiva atual que traduz a família como uma unidade constituída a partir do afeto, da solidariedade, do respeito, e do amor.

O fenômeno da constitucionalização do Código Civil impôs aos operadores do direito a incumbência de analisar o regime da separação obrigatória imposto às pessoas maiores de setenta anos sob o prisma axiológico de um Estado Democrática de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, na igualdade e na liberdade, de modo que uma norma infraconstitucional incongruente deve ser impedida de produzir efeitos jurídicos.

Assim, verificou-se a mitigação do instituto da separação legal por meio da súmula 377 do STF, visto que a própria norma, grosso modo considerada, produziria a ilicitude do enriquecimento sem causa, caso qualquer dos partícipes fossem impedidos de ter direitos mesmo tendo empreendido esforço para ascensão ou manutenção da família.

O artigo 1641, inciso II do Código Civil se revela ainda incompatível com a Lei 10.741/03 – Estatuto do Idoso – que ratifica os direitos elementares dos idosos. Com esta norma, furta-se o idoso do direito fundamental à escolha do regime de bens, a partir da aplicação crua do instituto da separação obrigatória.

Evidencia-se, assim, que, sob a ótica civil-constitucional o regime da separação obrigatória de bens, imposto aos maiores de setenta anos, viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da

liberdade, baseando-se puramente no critério etário, cuja presunção não deve ser absoluta, vez que a idade não perfaz uma causa de incapacidade.

Concluiu-se, por fim, que os novos arranjos familiares provocaram consideráveis alterações no modo de interpretação do Direito de Família que permitem constatar que a retirada de espaço para a autonomia privada na escolha do regime de bens aos maiores de setenta anos não se sustenta por meio da alegação protetiva a partir do momento em que a família deixa de ser um grupo econômico e passa a ser um núcleo de afeto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Civil* (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 22 set. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 125 da I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-jornadas-cjf_2018_1_capituloIDireitoCivil.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 634 da VIII Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1173>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 22 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso: 22 set. 2020.

BRASIL. Planalto. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2010/lei-12344-9-dezembro-2010-609637-norma-pl.html>>. Acesso: 21 set. 2020.

BRASIL. STF: banco de dados. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=4022>>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. STJ. Banco de Dados. *REsp 1.623.858/MG, 2.ª Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1623858&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso: 22 set. de 2020.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro:Renovar, 2003. p. 12-13.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. v. 6, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, *op. cit.*, p. 327.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.* 310.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *op. cit.*, 65.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil* – v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op. cit.*, p. 67.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *op.cit.*, p. 325.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida – introdução ao tema sob a perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 250.

Ibidem. BRASIL. *Código Civil* (2002). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 23 set. 2020.

Idem. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 23 set. 2020

Idem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso: 22 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de Direito de Família*. 2. Ed. Portugal: Coimbra Editora, 2001, p. 336.

PLANALTO: banco de dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 21 set. 2020.

REALE, Miguel. *Licções Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil: lei de introdução e parte geral* – v. 1. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 130.

TARTUCE, Flavio. *op. cit.*, p. 159.

TARTUCE, Flavio. *op. cit.*, p. 229.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. v.5, 13. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

COMPRAS *ON-LINE* NO TOCANTE À DISTRIBUIÇÃO POR TERCEIROS

DENISON FONTANA NASCIMBENI:
graduando do Curso de Direito da
Universidade Brasil

PEDRO MANOEL CALLADO MORAES

(orientador)

RESUMO: Analisar-se-á neste artigo a realização de compras *on-line*. Inicialmente, necessário mencionar que a internet é um sistema capaz de conectar, com facilidade, pessoas em diferentes regiões do planeta. A necessidade de consumo fez com que nesta última década, a modalidade de compra visada no presente artigo fosse consideravelmente impulsionada. Pela internet consegue-se adquirir uma imensa variedade de produtos, em qualquer parte do mundo. É certo que a compra efetuada pela internet é prática, rápida em muitos casos apresenta preços mais atrativos, todavia é necessária cautela, uma vez que a mesma pode causar alguns danos ao consumidor que desconhece a legislação e quais são os direitos que o alcançam. Assim sendo, no presente artigo será abordado quais são os direitos inerentes ao consumidor que se encontra devidamente amparado pelo Código de Defesa do Consumidor quando realiza suas compras *on-line*, as suas vantagens e desvantagens dessa. Pormenorizando a distribuição por terceiros, há os *marketplaces*³⁵ e suas responsabilidades, que são vistos como *shoppings on-line*.

Palavras-chave: Compras *On-line*. *Marketplaces*. Consumo.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS HISTÓRICOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL. 2.1 Princípios do Código de Defesa do Consumidor. 2.2 Objetivos do Código de Defesa do Consumidor. 3 A INTERNET E SUAS VANTAGENS E DESVANTAGENS NAS COMPRAS *ON-LINE*. 4 MARKETPLACES. 5 ARREPENDIMENTO, DEVOLUÇÃO DA COMPRA E GARANTIA DO PRODUTO. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo será tratado acerca dos direitos do consumidor, com ênfase às questões referentes às compras *on-line*, ou seja, aquelas realizadas por intermédio da internet. É notório que nesta última década, a modalidade de compra visada no

³⁵ Marketplace é como um shopping virtual; trata-se de uma plataforma *on-line* na qual encontram-se reunidos vários vendedores e/ou prestadores de serviços. Por sua vez, os clientes podem comparar os profissionais e escolher qual se adequa melhor às suas necessidades.

presente artigo foi consideravelmente impulsionada, certamente devido à sociedade capitalista contemporânea.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os principais aspectos que envolvem os fenômenos ocorrentes na sociedade de consumo por intermédio da internet. Os objetivos específicos são examinar as responsabilidades decorrentes de compras *on-line* e como elas podem apresentar vantagens e desvantagens ao consumidor, que necessita encontrar-se atento à legislação vigente e ainda aos sítios eletrônicos que visita.

Independentemente da classe social ou da faixa de renda, o consumo encontra-se presente desde o nascimento e em todas as fases de nossa existência. Na sociedade atual, devido ao tempo escasso, consideram-se as compras *on-line* como uma oportunidade, na qual com alguns cliques, consegue-se adquirir uma imensa variedade de produtos em qualquer parte do mundo e sem sair de casa.

É certo que a compra efetuada pela internet é prática, rápida e em muitos casos apresenta preços mais atrativos, todavia é necessária muita cautela, vez que a mesma pode causar alguns danos ao consumidor, o que será abordado com particularidade no decorrer deste artigo.

Apresenta grande relevância entender sobre o tema, haja vista que há muitas questões de extrema importância nas compras *on-line*, que se encontram amparadas pelo direito e que em muitos casos, os consumidores, que são na maioria das vezes hipossuficientes, desconhecem.

Necessário consignar que devido à pandemia da coronavírus, que fez com que houvesse o isolamento social, verificou-se aumento elevado dessas compras *on-line*. No entanto, observa-se que aumentaram também às tentativas de golpes perante aqueles que buscam a internet para a realização de compras, haja vista que muitas pessoas que nunca haviam utilizado desse método anteriormente se viram na necessidade de se aventurarem pelo *e-commerce*³⁶.

Inicialmente, no primeiro capítulo serão tratados os aspectos históricos que ensejaram movimentos para a proteção de direitos do consumidor, e como eles refletiram na Constituição Federal e para a criação de uma legislação própria, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor. É essencial contextualizar o objetivo do Código e ainda quais os principais princípios que regem as relações consumeristas.

³⁶ E-commerce é a abreviação em inglês de comércio eletrônico, que engloba toda transação comercial, ou seja, compra e venda, realizada através da internet com o auxílio de um equipamento eletrônico.

No segundo capítulo, imprescindível tratar da internet, uma forma de conectar pessoas por todo o mundo, que faz com que seja possível a realização do comércio eletrônico. É certo que houve o crescimento acelerado dele neste último ano e que devido a isso, faz-se necessário descrever e analisar suas eventuais vantagens e desvantagens.

Partindo precisamente para o tema abordado, ou seja, as compras e a destruição dessas por terceiros, serão enfocados os *marketplaces*, que atuam como um *shopping* eletrônico, fornecendo aos consumidores inúmeras possibilidades e facilidades de procura e aquisição de uma enorme variedade de produtos.

Por fim, no quarto capítulo haverá o desenvolvimento de como pode o consumidor realizar o cancelamento de sua compra *on-line*, quais são os prazos que ele deve seguir e, ainda, sobre a necessidade de como proceder com a devolução, sem que haja qualquer deterioração do produto. Serão ainda discorridos quais garantias abrangem os produtos frutos de aquisições *on-line*.

Para a realização deste aprendizado e pesquisa fez-se necessária a utilização de doutrinas como fontes de pesquisa para o entendimento do surgimento do Código de Defesa do Consumidor, que é essencial para a compreensão do tema em questão. Ademais, se deram diligências referentes à Lei nº 7.962, de 15 de março de 2013, de outras legislações pátrias e em dados de pesquisas obtidas através de sítios eletrônicos.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL

Primeiramente, faz-se necessário o estudo e compreensão acerca dos aspectos históricos que levaram à criação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor –.

Compreende-se que a proteção ao consumidor parte do pressuposto de entender a sociedade a qual pertencemos e as relações inerentes à mesma, haja vista a produção e consumo.

É possível observar a proteção ao consumidor no Código de Hamurabi, datado de 2300 AC, no qual consta a defesa de compradores de bens e serviços.

Posteriormente à Revolução Industrial, em meados do século XIX, observa-se um aumento considerável no crescimento populacional das metrópoles, o que ensejou o aumento da oferta, de forma que se iniciou a possibilidade de conferir a um maior número de pessoas, mais produtos e mais serviços.

À vista disso cabe salientar que a partir da Segunda Guerra Mundial, ou seja, posteriormente a 1945, se deu a eclosão da tecnologia de ponta, com o aparecimento da informática e do desenvolvimento de telecomunicações.

Vê-se que o século XX é marcado por um sistema que abrange todo o globo terrestre, conectando pessoas com grande facilidade, o que é conhecido como o fenômeno da globalização.

Segundo entendimento de Nunes 2019, o movimento de consciência social e cultural da defesa do consumidor ganhou fôlego nos Estados Unidos a partir de 1960. Confere-se ao discurso do Presidente John Kennedy no Congresso dos Estados Unidos, em 1962, a preocupação aos direitos do consumidor:

(...) ao enunciar a necessidade de proteção do consumidor, referiu como direitos básicos o direito à segurança, o direito à informação, o direito de escolha e o direito a ser ouvido. A partir de então diversas leis foram aprovadas nos Estados Unidos, ainda nos anos 60, contendo normas de proteção dos consumidores norte americanos. (MIRAGEM, 2014, p. 38).

Em 1972, foi realizada na Suécia, a Conferência Mundial do Consumidor. No ano seguinte, a Comissão da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem entendeu e determinou que os quatro direitos anunciados pelo Presidente John Kennedy deveriam ser considerados direitos fundamentais dos consumidores.

Em 16 de abril de 1985, a Organização das Nações Unidas constituiu a Resolução 39/248, na qual foi regulamentada a necessidade de proteção dos consumidores em face do flagrante desequilíbrio das relações para com os fornecedores, como também regulou expressamente a matéria para garantir diversos direitos, a exemplo da proteção do consumidor aos riscos à saúde e à segurança, bem como o direito a uma informação adequada por parte dos consumidores (MIRAGEM, 2014, p. 39).

Para Leandro Lages (2014, p. 07):

A iniciativa norte-americana de consolidar a sua legislação consumerista, possibilitando a criação de um direito próprio ao consumidor, motivou as Nações Unidas, em 1985, a orientar e sugerir aos governos membros que desenvolvessem políticas firmes de proteção ao consumidor. Pela primeira vez, em nível mundial, se reconhecia direitos do consumidor, um reconhecimento que chegou ao Brasil em 1988, com a Constituição Federal.

Para João Batista de Almeida (2015, p. 26):

A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República, promulgada em 05 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema. O primeiro deles, mais importante porque reflete toda a concepção do movimento, proclama: "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (art. 5, XXXII). Em outra passagem, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais transitórias anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor, que se tornou realidade pela Lei n. 8.078, de 11-9-1990, após longos debates, muitas emendas e vários vetos, tendo por base o texto preparado pela Comissão de Juristas e amplamente debatido no âmbito do CNDC.

Neste cenário, cabe salientar que anteriormente ao reconhecimento pela Constituição Federal, no Brasil em 1978 surgiu o primeiro órgão de defesa do consumidor no âmbito estadual, sendo esse o Procon – Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo –, criado pela Lei nº 1.903 de 1978.

No que tange à sociedade brasileira verifica-se que o consumo intensificou-se após o início da industrialização, aproximadamente na década de 1930, tendo como marco significativo a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública. Nesse mesmo ano criou-se através do Decreto nº 91.469 o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, visando a preservação dos direitos sociais ao meio econômico. O mencionado Conselho veio a ser substituído pelo SNDE – Secretaria Nacional de Direito Econômico –.

Com a criação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, regulamentou-se no Brasil as relações de consumo, consagrando-se a proteção do consumidor, sendo esta pessoa física ou jurídica, que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Nunes 2019 em sua obra, considera que o Código de Defesa do Consumidor, apesar de atrasado no tempo, apresentou resultados satisfatórios, vez que foi pensado e apresentado ao sistema legislativo brasileiro naquilo que exista de mais

moderno que pudesse amparar o consumidor. Corrobora a afirmação anterior o fato de que a legislação brasileira inspirou a lei de proteção do consumidor em países como Argentina, Paraguai, Uruguai e ainda em países da Europa.

2.1 Princípios do Código de Defesa do Consumidor

Para uma análise integralizada das relações de consumo, faz-se necessário adentrar a alguns dos principais princípios que regem a legislação consumerista.

O princípio do protecionismo do consumidor, disposto no artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, busca essencialmente à proteção do mesmo.

Art 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Importantíssimo mencionar sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que encontra respaldo no princípio constitucional da isonomia que concede tratamento desigual aos desiguais. Nesse sentido, tem-se que a vulnerabilidade do consumidor se dá por ser este o destinatário final de produtos e serviços ofertados por determinado fornecedor no mercado de consumo. Pode-se identificar a vulnerabilidade técnica, que diz respeito ao conhecimento acerca das características e utilidade do produto ou serviço obtido; a vulnerabilidade jurídica, que é aquela derivada da inexperiência do consumidor em relação ao mercado de consumo e ainda a ausência de assessoria jurídica quanto aos termos de uma eventual contratação e por fim, a vulnerabilidade fática, que trata das circunstâncias de fato que fazem com que o fornecedor possua conhecimento superior, seja financeiro, social ou cultural.

Em relação ao princípio da hipossuficiência, esse por sua vez encontra-se previsto no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Para esclarecimento e distinção entre os dois princípios anteriormente mencionados, vejamos o entendimento de Lages (2014, p. 58):

A vulnerabilidade independe da condição social, cultural ou econômica do consumidor, caracteriza-se pelo fato de o consumidor desconhecer as técnicas de produção. O consumidor hipossuficiente, além de desconhecer as técnicas de produção, tem a sua situação agravada em virtude de fatores econômicos, sociais e culturais, justificando a concessão de direitos e garantias extras, como a inversão do ônus da prova.

Disposto no artigo 4º, inciso III, do CDC, encontra-se o princípio da boa-fé objetiva, que busca que haja equilíbrio e harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo, ou seja, entre consumidores e fornecedores.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

O princípio da transparência ou confiança é de extrema importância, vez que tutela questões referentes à informação, de forma que há a obrigatoriedade de informar e de ser informado. É preciso que sejam prestadas informações relativamente à quantidade, característica, composição, tributos incidentes, preço e eventuais riscos que apresentem.

Por fim, menciona-se o princípio da reparação integral do dano, que se encontra ordenado no artigo 6º, inciso VI, do CDC. Nesse dispositivo encontra-se prevista a reparação de eventuais danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

2.2 Objetivos do Código de Defesa do Consumidor

O principal objetivo alcançado pelo Código de Defesa do Consumidor é o atendimento – e principalmente a proteção – das necessidades dos consumidores, haja vista a sociedade contemporânea capitalista.

Nossa legislação, atuando como mediadora, satisfaz a questão anteriormente apontada ao dispor de maneira com que seja possível eliminar ou reduzir conflitos, buscando com que haja harmonia e transparência nas relações de consumo.

Entende-se como essencial a aplicação do Código para que seja possível socorrer a parte mais fraca.

Para João Batista de Almeida (2015, p. 34):

Objetivo importante dessa política é também a postura do Estado de garantir a melhoria da qualidade de vida da população consumidora, quer exigindo o respeito à sua dignidade, quer assegurando a presença no mercado de produtos e serviços não nocivos à vida, à saúde e à segurança dos adquirentes e usuários, quer, por fim, coibindo os abusos praticados e dando garantias de efetivo ressarcimento, no caso de ofensa a seus interesses econômicos.

3 A INTERNET E SUAS VANTAGENS E DESVANTAGENS NAS COMPRAS *ON-LINE*

No ano de 2016, pesquisa do Google apresentou dados de que o comércio eletrônico dobraria sua participação no faturamento do varejo até 2021, apresentando crescimento de, em média, 12,4% ao ano. Segundo dados apresentados pela mencionada pesquisa, as vendas iriam dobrar em cinco anos, chegando a R\$ 85 bilhões.

Ocorre que, diante do imprevisível cenário que tomou conta do mundo em 2020, haja vista o aparecimento da pandemia da coronavírus e a necessidade do isolamento social, houve algumas mudanças significativas que corroboraram para que se desse considerável aumento no comércio eletrônico.

À vista disso, cita-se a pesquisa realizada pelo Ebit/Nielsen, em meados de agosto de 2020, na qual verificou-se que o faturamento *on-line* cresceu 47% no 1º semestre de 2020, em comparação com o mesmo período de 2019. Entre os meses de janeiro a junho de 2020, as vendas chegaram a R\$ 38,8 bilhões.

Sobre a pesquisa anterior, há outro dado importantíssimo que merece atenção: 7,3 milhões de brasileiros compraram pela primeira vez no *e-commerce*.

De agosto de 2019 a agosto de 2020, verificou-se o crescimento de 40,7% no número de lojas virtuais. O *e-commerce* foi impulsionado pela pandemia, haja vista a necessidade de que empreendedores recorressem à internet para continuar vendendo e até mesmo para que gerassem novas fontes de renda.

Pesquisa realizada pelo PayPal indica que 5,7% do *e-commerce* também recorrem a perfis em marketplaces.

No que diz respeito às vantagens, pode-se citar que a aquisição de um produto através do comércio eletrônico é fácil, rápida e que através dele há a possibilidade de que seja realizada uma ampla pesquisa de preço. Imprescindível mencionar ainda que o produto, na maioria das vezes, é entregue na residência do consumidor sem qualquer custo adicional.

Partindo do pressuposto do preço, verifica-se que o baixo custo operacional auxilia para que haja em lojas *on-line* produtos com valores mais atrativos dos que aqueles encontrados em lojas físicas.

Substancial ainda discorrer que há a possibilidade de que o comércio eletrônico forneça cupons de desconto em determinados períodos do ano, como por exemplo datas comemorativas, para que ocorra a atração de consumidores e consequentemente o consumo.

Na maioria das vezes é possível a comparação de preço em diversas lojas em minutos. Para a facilidade desse procedimento, atualmente, é possível encontrar “buscadores” – sítio eletrônicos – específicos que realizam esse comparativo para o usuário *on-line*.

Há ainda a obtenção de informações importantes e que auxiliarão na convicção do consumidor, como marca, modelo, peso, dimensões, preço, fretes e tempo de entrega, rapidamente.

No que tange a aquisição do produto, observa-se que eles se encontram disponíveis para o consumidor a qualquer momento, independentemente se a data em que partir o desejo de consumo se tratar de um feriado.

O alcance da internet é ilimitado, de maneira que o *e-commerce* fornece ao consumidor formas de adquirir produtos por todo o mundo.

Para evitar eventuais dessabores, entende-se de grande importância a verificação, no momento da realização da compra, do histórico de venda do

fornecedor e do *feedback* apresentado pelos clientes junto ao sítio eletrônico. Ainda nesse sentido, é possível encontrar sítios eletrônicos específicos que buscam alertar consumidores quanto à eventuais falhas na prestação de serviços pelos fornecedores, como por exemplo o ReclameAqui.

Todavia, verifica-se que pode haver desvantagens. Inclusive, o PROCON de São Paulo apresenta dados de que reclamações sobre problemas em compras *on-line*, desde o início da pandemia, chegou a 130 mil.

Apresenta-se como desvantagem a ansiedade, vez que para alguns clientes uma pequena demora pela empresa para a entrega de determinado produto adquirido pode afetá-lo psicologicamente, devido à ansiedade de ter o produto em mãos.

Verifica-se ainda que as desvantagens podem percorrer outros caminhos. Vejamos pesquisa divulgada na revista científica *Environmental Science & Technology* que trata que as compras *on-line* podem ser mais prejudiciais ao meio ambiente. Para o estudo, a razão adversa é a forma como as pessoas compram *on-line*, vez que fazem a compra com frequência, porém obtendo poucos itens por vez.

Por fim, como principal desvantagem é necessário tratar do recebimento de produto efetivamente diverso daquele que se pretendia adquirir, vez que junto ao *e-commerce* não é possível sentir o produto ou experimentá-lo.

4 MARKETPLACES

O tema abordado pelo presente trabalho diz respeito às compras *on-line* e a distribuição dessas realizadas por terceiros. Para discorrer sobre o tema é necessário esclarecer que esse se trata do que é conhecido como *marketplace*.

Por sua vez, o *marketplace* é uma inovação junto ao comércio eletrônico, que tem ganhado forma e desenvolvimento desde 2000. Em um *marketplace* nos encontramos diante de um *shopping* eletrônico, onde por rápidas buscas encontramos os mais diversos produtos, fornecidos por numerosos vendedores, apresentando suas particularidades e atrativos, entre essas o valor, tempo de entrega e até mesmo o custo para o envio para a residência do consumidor.

No comércio eletrônico atual, verifica-se que existem *marketplaces* de diversos segmentos, como vestuário, alimentação, saúde, imóveis, carros, entre outros. Dessa forma, fica mais fácil atingir o público-alvo, independentemente de sua busca, classe social ou faixa de renda, vez que a necessidade de consumo se encontra presente a todo momento.

Os *marketplaces* desempenham a função de intermediar negócios, haja vista que há por via desse o anúncio de produtos para venda, a existência do vendedor e do sítio eletrônico.

Em análise ao vendedor, necessário se faz mencionar o disposto no artigo 3º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Dessa forma, entende-se que aquele que anuncia seus produtos enquadra-se como fornecedor, haja vista a atividade comercial.

Nesta ocasião, faz-se essencial compreender que *marketplaces*, como por exemplo o MercadoLivre, Amazon e Magazine Luiza, encontram-se abrangidos pela proteção dada pela Lei nº 8.078/90, haja vista que a prestação de serviços oferecida pela veiculação de anúncios, se dará de maneira remunerada.

Vê-se que os sítios eletrônicos “fornecem” espaço ao vendedor, para que faça o uso de seu espaço e também do respeito adquirido no meio eletrônico em razão de seu exercício e a realização de suas atividades, porém em contrapartida realiza a cobrança pelo espaço usado pelo vendedor. Assim sendo, o sítio eletrônico também enquadra-se como fornecedor.

No comércio eletrônico as partes não mantêm contato físico entre si e o comprador não pode examinar pessoalmente o objeto, de forma que a participação do sítio eletrônico se revela decisiva quando assegura ao consumidor a confiabilidade do meio. Conclui-se que os sítios eletrônicos podem ser considerados fornecedores de serviço ou produto, desde que desempenhem atividade comercial.

5 ARREPENDIMENTO, DEVOLUÇÃO DA COMPRA E GARANTIA DO PRODUTO

Iniciando pelo arrependimento, conhecido como “direito de arrependimento” ou como “prazo para reflexão”, é a possibilidade que é fornecida ao consumidor de desistir da aquisição do produto, devolver o mesmo e obter seu dinheiro de volta.

Por sua vez, mencionado direito aplica-se apenas às compras realizadas por telefone ou pela internet, vez que não há por intermédio desses o contato direto com o produto.

Dessa maneira, a legislação busca que haja a proteção do mesmo, para que se dê a transparência nas relações de consumo e que sejam evitados eventuais enganos fraudulentos.

Novamente adentrando à ansiedade, é certo que o direito ao arrependimento protege o consumidor que por impulso realiza compras *on-line*.

Para que se faça jus ao arrependimento é necessário manifestar-se pelo mesmo no prazo de 07 dias, que é contato a partir do primeiro dia útil em que o consumidor obtém o produto em mãos e se encontra devidamente amparado pelo artigo 49, do CDC.

Art. 49 O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio

Realizada a entrega do produto e manifestado o arrependimento, será necessário por parte do consumidor o contato com o fornecedor para que seja providenciada a devolução do mesmo. Neste momento alguns empecilhos podem surgir e faz-se crucial atentar-se às “políticas de troca” do comércio eletrônico e à legislação vigente.

É direito do consumidor realizar a devolução do produto sem que haja a cobrança de qualquer custo adicional, inclusive deverão ser devolvidos todos os encargos pagos referentes ao envio do mesmo.

Conforme já exposto, as compras realizadas *on-line* apresentam a praticidade de obter o produto no conforto de residência. Ocorre que, em alguns casos pode haver morosidade excessiva na entrega, o que certamente causará insatisfação ao consumidor – e que fere os direitos do consumidor –, de maneira que ele poderá solicitar o cancelamento de sua compra e o reembolso integral do valor pago e até mesmo buscar o auxílio do judiciário para reparar eventuais danos morais e materiais sofridos.

Para Almeida (2015, p. 147):

A lei não regulamentou a questão atinente às despesas efetuadas ou prejuízos sofridos pelo vendedor durante o período de reflexão. Assim o fazendo, permite ao intérprete a conclusão de que a devolução se dará sem qualquer dedução, pelas seguintes e inafastáveis razões: a) tratando-se de restrição ao direito de arrependimento, deveria ser expressa na lei tal dedução; b) quando pretendeu ressaltar as deduções, o legislador o fez expressamente (art. 53, §2º), de sorte que seu silêncio nesse tema tem o significado de negar a via compensatória ou ressarcitória ao fornecedor; e c) além disso, as despesas e eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor são inerentes à atividade comercial sob a modalidade de venda agressivas por telefone, reembolso postal ou em domicílio. Admitir-se o contrário será desestimular o uso do direito de arrependimento, criando limitações legalmente não previstas ao consumidor, sujeitando-o a deduções que certamente serão feitas unilateralmente pelo economicamente mais forte. Em suma, o que é direito dele passaria a ser pesadelo.

Diferentemente do arrependimento, pode ocorrer de o produto apresentar algum defeito, de maneira que será necessária a devolução do mesmo ao fornecedor, para que se possa requerer a garantia legal. Entende-se que há o período de 30 dias para que o consumidor possa agir quanto a eventual vício ou defeito de produto não durável e de 90 dias quando se tratar de produto durável.

Nessas situações, sendo impossível a reparação, o consumidor pode manifestar-se para que se realize a substituição do produto, o ressarcimento do valor pago ou ainda o abatimento do valor pago, caso o defeito não atinja o produto como um todo.

Excepcionalmente, devido à pandemia enfrentada, houve a edição da Medida Provisória nº 948/40 – convertida na Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020 –, que dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública, que foi reconhecido através Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 e que prevalecerá sobre o Código de Defesa do Consumidor enquanto durar o estado de calamidade pública causado pelo enfrentamento da pandemia do coronavírus.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste ano de 2020, o Código de Defesa do Consumidor completa 30 anos. É certo de desde a sua entrada em vigor ocorreram mudanças significativas na

sociedade. Todavia, verifica-se que a legislação consumerista encontra-se consideravelmente atual e satisfaz questões inerentes à atualidade, mesmo que essa diga respeito às compras *on-line*.

Indubitável que para que se dê a compreensão de temas atuais, faz-se necessário a observação do disposto por doutrinadores, às legislações que surgem para sanar eventuais questões imprevisíveis e ainda de entendimento jurisprudenciais.

O comércio eletrônico corresponde a um sistema significativo e novo. Conforme exposto, há inúmeras vantagens na aquisição de produtos por intermédio do *e-commerce*, no entanto há a necessidade de observar o local em que o produto será adquirido para que não haja prejuízos ao consumidor e para que esse não seja ludibriado.

A utilização de *marketplaces*, ou seja, o intermédio de um sítio eletrônico para a divulgação de produtos pelo fornecedor, se trata de uma estratégia consolidada no mercado. Devido à realidade atual, no que se refere à pandemia da coronavírus, observa-se que muitos fornecedores buscaram os *marketplaces*, anunciando seus produtos em grandes sítios eletrônicos para que fosse possível alavancar às vendas.

Caso se dê falha na prestação do serviço, o fornecedor responderá em conjunto com o *marketplace* pelo dano causado ao consumidor, haja vista que ambos se enquadram como fornecedores, de acordo com a disposição do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, conclui-se que é extremamente relevante que se dê a facilitação para a realização de relações de consumo. Todavia, por parte daquele que busca adquirir produtos *on-line* é preciso atenção. É indispensável ainda que haja pelo consumidor, em caso de falhas fortuitas, a busca por seus direitos junto aos órgãos responsáveis, a sítios eletrônicos que exercem a função de informação ao consumidor quanto a maus fornecedores e caso seja necessário ao judiciário.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Queixas por compras online aumentam durante a pandemia, diz Procon. **InfoMoney**, 11 set. 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/consumo/queixas-por-compras-online-aumentam-durante-a-pandemia-diz-procon/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

FATURAMENTO de lojas online no Brasil cresce 47% no 1º semestre de 2020, maior alta em 20 anos. **G1**, 28 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/28/faturamento-de-lojas-online-no-brasil-cresce-47-por-cento-no-1o-semester-de-2020-maior-alta-em-20-anos.ghtml>>. Acesso em: 28 out. 2020.

FEITOSA JR, Alessandro. Número de lojas virtuais cresce 40% em 2020 com empurrão da pandemia. **G1**, 26 ago. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/08/26/numero-de-lojas-virtuais-cresce-40-por-cento-em-2020-com-empurrao-da-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 28 out. 2020.

IDEIA NO AR. O que é um Marketplace: Como funciona esse modelo de negócios? **Ideia no Ar**, 24 maio 2017. Disponível em: <<https://www.ideianoar.com.br/o-que-e-um-marketplace/>>. Acesso em: 28 out. 2020.

KAVILANZ, Parija. Compra online pode ser mais prejudicial ao meio ambiente do que em loja física. **CNN**, Nova York, 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/12/compra-online-pode-ser-mais-prejudicial-ao-meio-ambiente-do-que-em-loja-fisica>>. Acesso em: 28 out. 2020.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do consumidor**: a lei, a jurisprudência e o cotidiano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhs gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Comércio eletrônico**: conforme o Marco Civil da Internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

VENDAS pela internet devem dobrar até 2021, diz pesquisa do Google. **G1**, São Paulo, 17 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/vendas-pela-internet-devem-dobrar-ate-2021-diz-pesquisa-do-google.html>>. Acesso em: 28 out. 2020.

ASCENÇÃO LEGAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E OS SEUS EFEITOS NAS EMPRESAS

LUCAS MARTINS: Bacharelando do curso de Direito pela Universidade Brasil – Campus Fernandópolis.

GUSTAVO ANTÔNIO NELSON BALDAN i
(orientador)

RESUMO: O seguinte trabalho tratou do avanço tecnológico no âmbito da proteção de dados pessoais, pois anteriormente as empresas desconheciam o potencial econômico dessas informações tanto que os clientes eram todos tratados como iguais, porém, as empresas perceberam que ao coletarem essa informações dos usuários eles poderiam oferecer serviços personalizados de acordo com o gosto de cada pessoa, assim início a coleta desenfreada dos dados pessoais que foi impulsionada com o desenvolvimento da internet que passou a ser um dos meios de comunicação mais utilizado. Então para suprir essa ausência de regulamento nesse meio foi criado o marco civil da internet que trouxe garantias como a liberdade de expressão e neutralidade da rede e principalmente a proteção de dados pessoais no meio virtual, no entanto a lei não era suficiente para a proteção dessa informações, uma vez que só regulava o meio virtual, e se fazia necessário a utilização de vários instrumentos legais como código civil, direito penal, código do consumidor entre outros, para a proteção de dados pessoais nas empresas e órgãos públicos físicos, é até mesmo nas empresas virtuais e então para garantir proteção e harmonização, criou-se a lei geral de proteção de dados (LGPD), que foi promulgada em 14 de agosto de 2018 sendo uma lei mais ampla que visa a proteção do dados pessoais tanto físicos como virtuais, garantido assim a segurança das informações do usuários, regulando como as empresas devem tratar esses dados.

Palavras-chave: Proteção de dados pessoais; usuários; coleta; marco civil da internet; lei geral de proteção de dados.

ABSTRACT: The following work dealt with technological advances in the field of personal data protection, since previously companies were unaware of the economic potential of this information so much that customers were all treated as equals, but companies realized that by collecting this information from users, they could offer services personalized according to the taste of each person, thus the unrestrained collection of personal data begins, which was boosted by the development of the internet, which has become one of the most used means of communication. So, to fill this absence of regulation in this environment, the civil framework of the internet was created, which brought guarantees such as freedom of expression and net

neutrality and especially the protection of personal data in the virtual environment, however the law was not enough to protect this information, since it only regulated the virtual environment, and it was necessary to use various legal instruments such as civil code, criminal law, consumer code, among others, for the protection of personal data in companies and physical public agencies, it is even in virtual companies and then to ensure protection and harmonization, the general data protection law (LGPD) was created, which was enacted on August 14, 2018 and is a broader law that aims to protect both physical and virtual personal data , thus ensuring the security of user information, regulating how companies should treat this data.

Keywords: Protection Of Personal Data; Users, Data Collection, Internet Civil Law, General Data Protection Law.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. AVANÇO LEGAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO FÍSICO E DIGITAL: 2.1 Pré-Marco Civil Da Internet; 2.2 Marco Civil Da Internet; 2.3 Principais Mudança Trazidas Pelo Marco Civil; 2.4 Outros Fatores Que Impulsionaram A Criação Da Lei Geral De Proteção De Dados; 2.5 Pontos Similares Da Lei Geral De Proteção De Dados Com O Regulamento Geral De Proteção De Dados Europeu; 2.6 Criação Da Lei Geral De Proteção De Dados Nº 13.709/2018; 2.6.1 Terminologias Da Lei Geral de Proteção de Dados; 2.6.2 Bases Legais Para O Tratamento Dos Dados Pessoais; 2.7 Princípios Norteadores Da Lei Geral De Proteção De Dados; 2.8 Penalidades Da Lei Geral De Proteção De Dados; 2.9 Atuação Da Autoridade Nacional De Proteção De Dados (ANPD); 2.9.1 Condenações Por Descumprimento A Lei Geral De Proteção De Dados; 2.10 Medidas Para Regularização Das Empresas; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade e a globalização as interações humanas se estreitaram dando início a uma nova era de tecnologia (celulares mais inteligentes e o uso mais frequente da internet nas atividades cotidianas), trazendo a comunicação para meio virtual através de redes sociais, chats, entre outros. Mas com o aumento dessa demanda no ambiente virtual surgiu a necessidade de uma lei mais específica sobre o tratamento dos dados pessoais, pois, já se tinha uma lei que regulava o uso da internet no Brasil conhecida como Marco Civil da Internet lei nº 12.965/2014, está só cuidava da proteção da privacidade de forma superficial e no âmbito virtual, sendo insuficiente para regular e proteger de forma eficiente os dados pessoais, então em 14 de agosto de 2018 o então Presidente Michel Temer, promulgou a Lei Geral de Proteção de dados (LGPD) que nasceu do Projeto de Lei da Câmara Nº 53, de 2018, a Lei Geral de Proteção de dados (LGPD), número 13.709/2018 trouxe inovações importantes para o ordenamento jurídico sendo esses no que tange a aplicação, no

conceito de dados, na transparência no tratamento das informações pessoais, na responsabilização do agente pelo indevido uso, e a criação de um órgão fiscalizador.

Muitas empresas acreditam que por não fazerem parte do comércio eletrônico ou até mesmo não se utilizarem do marketing eletrônico não estão sujeita a LGPD, porém, a lei irá afetar tanto o meio digital quanto o não digital, ficando exposto a ela qualquer empresa que trabalhe com o armazenamento de dados independentemente de serem dados armazenados de forma digital ou física, como é trazido pelo o artigo 1º da LGPD:

Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (BRASIL, 2014).

Com isso, os únicos que não serão afetados pela Lei Geral de Proteção de dados (LGPD) são as empresas que não tem qualquer tipo de funcionário nem tenha qualquer prestador de serviço e seja prestadora de serviço exclusivo para Pessoa Jurídica que não possua clientes e não exista a necessidade de armazenar dados de Pessoas Físicas (BATISTA, 2019).

O Marco Civil da Internet, foi o pioneiro no Brasil a abordar questões importantes como o tratamento de dados pessoais, privacidade, proibições sobre o armazenamento e transmissão de informações sem autorização. Apesar de esta não ser uma doutrina completa, ela buscou e trouxe juntamente com outras disciplinas legais, como o código de defesa do consumidor, a responsabilização de grandes empresas como por exemplo a Netshoes®, que fez acordo com o ministério público do distrito federal e territórios no valor de R\$ 500 mil em indenização, para evitar uma ação coletiva pelo vazamento de dados que aconteceu entre 2017 e 2018, também ficando obrigada a aumentar a segurança da loja online (VENTURA, 2019), outra empresa responsabilizada foi o banco Inter que fechou acordo também com o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios MPDFT no valor de R\$ 1,5 milhões, como multa pelo vazamento de dados pessoais de 19 mil correntistas (Soprano, 2018), mas apesar disso, havia a necessidade da complementação deste código, pois este não era suficiente como afirma o PITA:

O que se observa atualmente é que a complexidade das práticas de mercado quanto à coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais exige mais do que o Marco Civil da Internet já oferece como arcabouço legal – até porque,

neste caso, ele se restringe à proteção de dados no contexto apenas da Internet. (PITA, 2020).

E dessa necessidade nasceu a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) que teve seu período de *vacatio legis* para haver a regularização das empresas, mas apesar de importantes questões sobre a segurança das informações pessoais estarem em pauta, ainda há muitas empresas que não tomaram qualquer providência como é trazido por *Dijk (2019)*, *que mesmo com os receios existentes, os especialistas afirmam, que cerca de 25% das empresas brasileiras não tem plano ou política de cibersegurança que as ajude a otimizar e proteger as operações por elas realizadas, estando essas empresas suscetíveis aos prejuízos causados pela não adequação ao novo sistema de proteção de dados e as punições que a não adequação pode trazer para essas empresas, como as sanções aplicadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).*

Sendo assim, este artigo científico tem por objetivo demonstrar que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) é mais ampla do que o Marco Civil da Internet e trouxe agora um olhar mais voltado a proteção dos dados através de medidas de segurança técnicas e administrativas, e aqueles que não se adequarem as novas diretrizes serão responsabilizados pelo órgão fiscalizador (ANPD), para isto será utilizado como embasamento teórico pesquisas bibliográficas através de publicações de autores da área, artigos na internet, Legislação Brasileira, em especial as que tratam da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

2. AVANÇO LEGAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ÂMBITO FÍSICO E DIGITAL

2.1. Pré-Marco Civil Da Internet

Com a expansão da internet, essa ferramenta passou a ser de suma importância no dia a dia das empresas e na relação das pessoas, uma vez que, passou a ser um meio mais célere de interação entre as pessoas, e também na troca de dados e informações, mas havia um grande problema, pois não havia qualquer regulamentação que protegesse ou assegurasse a proteção desse dados aos usuários da internet, o que gerava certa insegurança jurídica uma vez que os juízes poderiam decidir como entendessem, gerando uma série de decisões diversas, como traz a luz Ronaldo Lemos:

A situação pré-Marco Civil era de completa ausência de regulamentação civil da internet no país. Ao contrário do que alguns entusiastas libertários poderiam achar, a ausência de leis nesse âmbito não representa a vitória da liberdade e do *laissez-faire*. Ao contrário, a ausência de uma legislação que trate das

questões civis da rede leva a uma grande insegurança jurídica. Uma das razões é que juízes e tribunais, sem um padrão legal para a tomada de decisões sobre a rede, acabam decidindo de acordo com regras muitas vezes criadas ad hoc, ou de acordo com suas próprias convicções. (LEMOS,2014, P.10 UPUD SALOMÃO, 2016 P.6).

Dessa forma, pode-se considerar a criação do Marco Civil da Internet, lei 12.965/2014, como um divisor de águas uma vez que trouxe uma maior linearidade nas decisões que tangem o direito na internet, trazendo assim mais segurança aos os usuários.

2.2. Marco Civil Da Internet

A lei 12.965/2014 ficou conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), apesar de ter sido promulgada em 2014 sua trajetória se iniciou bem antes no ano de 2007, com a aprovação na câmara do projeto de lei que tratava de crimes cibernéticos popularmente chamado de lei Azeredo, que tinha como princípio transformar em crimes, passíveis de prisão e multa a destruição 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, segundo Pinheiro (2007), uma das principais reclamações dos representantes da sociedade civil ao projeto de lei dos crimes digitais propostos por Eduardo Azeredo é a falta de mais discussões públicas, com isso, foi dado início a elaboração do MCI como reação a essa aprovação, em 2009 a secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, em conjunto com a Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, iniciou uma pesquisa online contando com a ajuda de acadêmicos, de populares e de empresas do setor privado, e com a colaboração de todos foi elaborado o projeto de lei de iniciativa do poder executivo, projeto de lei Nº 2.126/2011.

Apesar da importância desse projeto, a sua votação foi adiada várias vezes só voltando à tona com as denúncias realizada pelo então técnico da *NASA* Edward Snowden, que revelou a prática de vigilância em massa da agência de segurança norte americana, segundo G1 (2014) em reportagens do jornal o globo publicadas a partir de 6 de julho, mostrou que com as informações coletadas por Edward Snowden, milhões de brasileiros e estrangeiros que estavam no país, tiveram seus e-mails e ligações monitoradas, esses documentos também relatam a existência de uma estação de monitoramento em Brasília até 2002, e também traz a possibilidade da embaixada do Brasil em Washington e a representação da Organização das Nações Unidas (ONU) em Nova Iorque terem sido alvo de espionagem, afetando todas as pessoas e empresas, envolvidas. Esse fato ajudou a impulsionar a sanção do Marco Civil, que serviu como

resposta à espionagem dos Estados Unidos, sendo promulgada em 22 de abril de 2014, e o seu vigor aconteceu 60 dias após ter sido sancionado no dia 23 de junho de 2014.

Quando as informações vazadas por Snowden vieram a público em 2013, o Marco Civil já tinha passado por pouco mais de um ano de consulta pública na rede (2009-2010) e estava desde 2011 tramitando no Congresso. A enorme repercussão na imprensa nacional e internacional, somado ao fato de que a própria presidente e empresas brasileiras tinham sido alvo da espionagem, deram o impulso final para a sua aprovação (AFFONSO,2018).

O Marco Civil da Internet, trouxe em seu texto direitos e deveres dos usuários da internet, dos sites, das prestadoras de serviço e do estado, com finalidade de estabelecer o que é certo e o que é errado no âmbito virtual e gerar mais segurança jurídica a este ambiente, ficando conhecida como constituição da internet, o que foi afirmado pelo professor do *Massachusetts Institute of Technology* (Instituto de Tecnologia de Massachusetts) e criador da *World Wide Web* (rede mundial de computadores), Tim Berners-Lee:

Com a aprovação do texto do Marco Civil, o Brasil consolida a sua reputação como líder da democracia e ajuda a inaugurar uma nova era, na qual os direitos dos cidadãos do mundo serão protegidos por Constituições digitais (LEE UPUD LIMA, 3 ABR. 2014).

Dessa forma, conclui-se a necessidade de uma lei que regule-se as relações humanas via internet, pois sem uma regulamentação que proteja esses dados, estes ficam vulneráveis e podem ser facilmente coletados e utilizados para outros fins que não foram autorizados, o Brasil com a criação do Marco Civil da Internet veio resguardar e proteger os interesses e a privacidade dos seus cidadãos.

2.3. Principais Mudança Trazidas Pelo Marco Civil

O Marco Civil da Internet, foi alvo de críticas e elogios, pois, trouxe em seu texto vários princípios muito importantes para o momento, porém como toda inovação estas geraram grandes debates ao seu redor, um desses foi a neutralidade da rede que trazia no artigo 9º MCI, aqui as empresas de internet ficam proibidas de controlar o acesso do conteúdo na internet através de pacotes de dados específicos ou em distribuir a internet de forma desigual entre os usuários, de restringir a velocidade, ou o que será acessado haja visto que anteriormente era comum tal pratica, quando o princípio da neutralidade foi trazido, as empresas alegaram que a

não restrição encareceria a internet e diminuiria os lucros dessas empresas, apesar dessas alegações e mesmo sobre contrariedade a neutralidade da internet foi aprovada e trouxe aos usuários uma utilização sem segregação por parte das empresas, onde todos podem ter acesso a todos os conteúdos sem redução de velocidade ou qualidade e até mesmo gerar conteúdo na internet sem maiores custos, essa aprovação foi elogiada Berners-Lee:

Quando ela é livre e aberta, é uma fonte de incrível criatividade, de crescimento econômico e, se alguém for controlá-la, vai dar a eles muito poder. Essa tentação de tentar controlar a Internet é sempre desejada por companhias e governos, e temos sempre que impedir isso, e o Marco Civil é um grande passo neste sentido (LEE UPUD, REDAÇÃO, 2014).

Outrossim, foi sobre a retirada de conteúdos da internet, e a liberdade de expressão, antes do Marco Civil da Internet, quando algum conteúdo era postado e ofendia a integridade da pessoa ou os direitos autorais de alguém, para a sua retirada bastava ser feita uma solicitação podendo ser ela judicial ou extrajudicial, o que acarretaria na responsabilização do site isso feria muitas vezes a liberdade de expressão do outro, mas com o MCI para que o conteúdo seja retirado do ar, faz-se necessário a entrada em juízo para que o juiz decida o mérito e para que haja o contraditório e então se retire o conteúdo do ar, responsabilizando apenas o usuário, dessa forma preza pela garantia da liberdade de expressão que é um direito já garantido pela constituição que passou a ser defendido também pelo Marco Civil da Internet.

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, está sujeita a regime jurídico especial (SILVA, 2000, p. 247 UPUD TORRES, 2013).

Garantindo-se assim a não cesura no ambiente virtual, vistos que todos são sujeitos de direitos e tem o direito de se expressar de forma livre, entretanto toda regra tem sua exceção e conteúdos ilegais, com cunho racista, ou pedofilia, abuso sexual entre outros devem ser retirados imediatamente do ar.

E por fim um dos pontos mais debatidos foi a questão da privacidade dos usuários, que veio no sentido de resguardar e dar o direito aos internautas escolherem se querem ter os seus dados armazenados, compartilhados, pois era uma prática comum dos sites, coletar as informações de histórico de pesquisa, o que gostam ou não na rede, data, horário, tempo de acesso e depois encaminhar para outros sites sem qualquer autorização, então a lei veio coibir essa prática, trazendo a necessidade da prévia autorização para o armazenamento desses dados e podendo apenas serem acessados através de ordem judicial, mas o ponto de polêmica era que os servidores deveriam armazenar esses dados no Brasil, pelo período de um ano, essa parte foi barrada do projeto inicial, permitido apenas que os dados fossem armazenados com prévia autorização, mas sem haver a necessidade de estarem no Brasil, apesar disso, o MCI não foi regulado para proteger em todos os âmbitos os dados pessoais isso é demonstrado através do pensamento:

Marco Civil da Internet (MCI) (Lei nº12.965/2014) trouxe previsões sobre a proteção da privacidade na Internet, tendo sido considerada uma lei paradigmática no tema e contribuindo para o cenário regulatório no Brasil. De fato, o MCI foi um avanço de suma importância, mas não supriu todos os aspectos de proteção de dados no mundo globalizado – e sequer tinha essa pretensão, o que fica claro pela previsão do art. 3º, inciso III no sentido de que é um princípio do uso da Internet no Brasil a “proteção dos dados pessoais, na forma da lei”. Por isso, intensificou-se o debate na sociedade e no Poder Legislativo para criar normas de proteção ao indivíduo em um cenário de intensas inovações tecnológicas (OLIVEIRA, 2020)

Conclui-se então que o MCI é insuficiente, para proteger os dados no todo, uma vez que seu meio de atuação é a internet, e os dados pessoais vão muito além, o MCI trata diretamente das relações acontecidas na internet não podendo ser estendida a outro espaço, com isso nasceu a necessidade de uma lei que protegesse tanto os dados *online*, como os *offline*, então foi criada a lei Nº 13.709/2018, que surgiu com o objetivo de proteger os dados pessoais em todos os ambientes, alterando e complementando os dispositivos do MCI, trazendo assim uma norma que acompanhe a evolução e garanta a privacidade das pessoas.

2.4. Outros Fatores Que Impulsionaram A Criação Da Lei Geral De Proteção De Dados

Os dados são parte fundamentais para muitas empresas, pois anteriormente as pessoas costumavam ser vistas como iguais e as empresas não se preocupavam em cativá-las, porém, com o tempo percebeu-se que era necessário a separação dos

usuários, pois as pessoas tem gostos diferentes, e através dessa separação haveria a estimularia o mercado, foi então que as empresas descobriram que ao coletar dados, e fazer os tratamento dessa informações, eles poderiam oferecer serviços personalizados de acordo com cada usuário, como demonstra Duenas (2018), a adoção de sistema de coletas e processamento de grande quantidade de dados se tornou uma pratica rotineira, para empresa e órgãos governamentais, e com o passar do tempo os detentores dessa informações passaram a explorar o valor comercial desse dados indo além da razão primário dessa coleta, começaram a colher esses dados de forma descontrolada e excessiva e a partir desse momento começou as práticas de abusos, muitas vezes comercializando os dados coletados em forma de listas, sem ter qualquer responsabilidade com esses dados o que gerou grande preocupação.

Cresce a venda de dados pessoais em fraude eletrônica e lista de endereços e números de celulares são comercializados livremente na web diariamente. As listas são vendidas livremente pela internet, sem autorização ou conhecimento da suposta vítima, inclusive separadas por categorias: cidade, bairro, sexo, pessoa física ou jurídica, profissão ou operadora de telefonia, etc. Muitas informações cadastrais também são compartilhadas entre empresas, como número de CPF, da conta corrente e valor da renda da pessoa. Os preços das vendas de lista de e-mails pela internet são bem variados e faz com que as pessoas recebam dezenas de mensagens indesejadas e propagandas pornográficas. Trata-se de uma publicidade forçada com o repasse de dados pessoais de clientes para outras empresas e conhecidas como "mailing. Essa é uma triste realidade (ALCÂNTRA, 2014).

Com isso, observa-se que havia práticas abusivas, e coleta excessiva de dados pessoais, sem qualquer autorização e consentimento por parte dos titulares, ressaltando ainda mais a insuficiência do marco civil da internet, que visava proteger os dados no âmbito da internet, no entanto o fato de não coibir essa prática demonstra que não consegue tutelar todas as irregularidades que aconteciam.

Outro acontecimento que inspirou a existência da LGPD foi a *General Data Protection Regulation* (GDPR), conhecida no Brasil como regulamento geral de proteção de dados pessoais europeu nº 679, aprovado pela União Europeia em 27 de abril de 2016, que foi criada com o objetivo de proteger as pessoas físicas e dar o controle sobre a utilização e proteção de dados pessoais na Europa, e padronizar o tratamento dessa informações dentro da União Europeia, entrando em vigor no dia 25 de maio de 2018, porém, mesmo sendo restringida a Europa a lei afetou todos os

que buscassem manter relação comerciais com a União Europeia, visto que esta passou a requisitar que estes países também possuíssem legislação que visa-se a proteção de dados dos cidadãos, motivando a criação de leis protecionista em todo o mundo.

Este, por sua vez, ocasionou um “efeito domino”, visto que passou a exigir que os demais países e as empresas que buscassem manter relações comerciais com a UE também deveriam ter uma legislação de mesmo nível que a GDPR. Isso porque o Estado que não possuir lei de mesmo nível passaria a poder sofrer algum tipo de barreira econômica ou dificuldade de fazer negócio com os países da UE. Considerando o contexto econômico atual, esse é um luxo que a maioria das nações, especialmente a da América Latina, não poderia se dar (PINHEIRO,2020, p.18).

Sendo assim, conclui-se que a insuficiência legislativa do MCI em tutelar os dados e inibir certas práticas associado com a criação da GDPR pela União Europeia submeteu, o país a buscar formas de adequação ao novo sistema de proteção de dados pessoais, trazendo esse novo contexto protecionista aos dados pessoais criando a LGPD dois anos após o Regulamento Geral De Proteção De Dados Europeu, utilizando esta como sua maior inspiração.

2.5. Pontos Similares Da Lei Geral De Proteção De Dados Com O Regulamento Geral De Proteção De Dados Europeu

As questões sobre o tratamento dos dados pessoais, alcançou um enfoque no mundo todo, fazendo com que os países buscassem a criação de legislações nesse sentido, e o Brasil se inspirou diretamente na legislação Europeia a *General Data Protection Regulation* (GDPR), tanto é que estas possuem vários pontos em conformidades entre si, o que é favorável.

Inspirada na europeia GDPR (General Data Protection Regulation), a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados) foi criada com a finalidade de proteger os dados pessoais de pessoas que residam no Brasil. A semelhança entre as duas regulações padroniza, de certa forma, o nível de governança e segurança da informação e facilita o estabelecimento de acordos entre países – ajudando também na atuação de empresas europeias ou multinacionais no país, além de estimular a entrada de companhias e de novos negócios no território nacional (THACKER, 2019).

O primeiro ponto de conformidade entre as leis é a definição e distinção dos dados pessoais e pessoais sensíveis, buscando assim restringir os direitos e as informações protegidas pelo ordenamento jurídico, segundo é a obrigatoriedade do consentimento para a colheita dos dados, a utilização de acordo com a finalidade pretendida, distinção entre a titularidade e responsabilidade sobre os dados e limites no que se refere a função e as responsabilidades assumidas no tratamento desse dados.

Outrossim, é a indicação de uma pessoa que ficara encarregada pela interação entre os agentes, titulares e órgão competentes, o *Data Protection officer* (DPO), em tradução livre Oficial De Proteção De Dados, outro ponto compatível entre as leis é a questão do livre acesso à informação e transparência da empresa com os usuários, e aplicação de medidas de segurança e obrigatoriedade de reportar os casos de vazamento dessa informações.

Além disso, temos as questões sobre a possibilidade do titular poder alterar ou excluir os seus dados pessoais, aplicação de sanção caso haja o descumprimento das regras, portanto, temos muitos pontos de conformidade entre as duas leis, o que é benéfico para a transferência internacional de dados entre os países.

2.6. Criação Da Lei Geral De Proteção De Dados Nº 13.709/2018

A lei geral de proteção de dados nasceu, do projeto de lei da câmara nº 53/2018, que foi sancionada pelo presidente Michel Temer no dia 14 de agosto de 2018, e entrou em vigor em 2020, visa coibir os abusos e implementar regras, protegendo os dados das pessoas em qualquer relação que se faça necessário o tratamento de informações classificadas como dados pessoais, seja de pessoa natural ou pessoa jurídica, e traz direitos e obrigações para o tratamento de dados pessoais no ambiente virtual gerando uma maior segurança a todos.

A nova lei tem o objetivo de mudar a forma de funcionamento e operação das organizações ao estabelecer regras claras sobre coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados pessoais, impondo uma padronização mais elevada de proteção e penalidades significativas para o não cumprimento da norma (SOUZA, 2020).

A lei visa impedir as arbitrariedades cometidas tanto pelas empresas, ou órgão públicos quantos nos meios virtuais visto que se apropriavam indevidamente dos dados pessoais, sem qualquer autorização, porém, agora os que necessitam da captação de dados deverão coletar e armazenar de forma responsável, obedecendo parâmetros impostos por lei, correndo o risco de serem responsabilizados caso haja vazamento ou utilização em desacordo com o que é esperado.

2.6.1. Terminologias Da Lei Geral de Proteção de Dados

Terminologias são um conjunto de conceitos particulares que ajudam a compreender ou a delimitar matérias específicas, com isso lei geral de proteção de dados, traz conceitos e terminologias próprias fundamentais para a compreensão dela, devendo ser objeto de concordância em contratos e documentos, a primeira terminologia trazida se trata do titular, é a pessoa da qual os dados se referem, segundo é sobre o tratamento de dados que é toda aquela operação realizada para o manuseio de dados pessoais.

Além disso, traz também a divisão de dados pessoais e dados pessoais sensíveis, os dados pessoais são todos aqueles relacionados a uma pessoa natural viva identificada ou identificável como endereço, idade, número da *internet protocol* (IP) entre outros, já os dados sensíveis, estão ligados as características pessoais dos indivíduos e que pela sua sensibilidade podem levar a pessoa a ser discriminada, como orientação sexual, diagnóstico médico, religião entre outros.

Outras terminologias relacionadas a LGPD, são a anonimização e os dados anonimizados, a anonimização é a utilização de meios técnicos razoáveis no momento do tratamento, que ocasionam assim os dados anonimizados que nada mais são que dados que não podem mais serem identificados os titulares.

Igualmente, traz a separação dos agentes de tratamento e do encarregado, os agentes de tratamento se dividem em controlador é aquele que recebe os dados pessoais dos titulares através do consentimento ou na hipótese de exceção, e o operador aquele que fará o tratamento dos dados de acordo com o que for pedido por razão de contrato ou obrigação, já o encarregado vai ser uma pessoa natural indicada pelo controlador que vai fazer a comunicação entre o controlador os titulares e a autoridade nacional, e por fim a última terminologia trazida é a transferência internacional de dados, o Brasil permite a transferência de dados para outros países, que proporcionem uma proteção de dados adequada dentro do previsto.

2.6.2. Bases Legais Para O Tratamento Dos Dados Pessoais

As bases legais são hipótese autorizativas que a LGPD traz para o tratamento de dados pessoais em seu artigo 7º, que contém um rol taxativo de 10 hipótese autorizativas, o primeiro desse rol é o consentimento. Esta deve ser manifestada pelo titular de forma livre, informada e inequívoca, segunda é a obrigação legal, aqui caso haja uma lei, um instrumento normativo, um regulamento, que determina o tratamento de dados a empresa fica autorizada colhe-los sem precisar do consentimento, na terceira hipótese é autorizado o tratamento de dados para a

realização de políticas públicas previstas em leis, regulamentos e em contratos pela administração pública.

Outro base legal, que autoriza o tratamento de dados é a pesquisa, porém só é válida para empresas que tenham pesquisa como objeto social, no seu cartão CNPJ, e no contrato social da empresa, além disso, quando forem cumprir obrigação prevista em contrato, isso é chamado de execução de contrato, outra questão que autorizativa do tratamento de dados é o exercício regular do direito processual.

Ademais, a proteção a vida, para salvar a vida de uma pessoa, e a tutela a saúde que autoriza profissionais da saúde a tratarem dados, e proteção do crédito, são questões que também permitem o tratamento de dados pessoais sem qualquer autorização prévia, e por fim o legítimo interesse vem pensado diretamente nas empresas, pois vem exatamente, para permitir o tratamento de dados para os interesses legítimos da empresa para que elas promovam os seus bens e os seus serviços, mas, dever haver a real necessidade do tratamento desse dados, sendo indispensável um bases que autorize o tratamento de dados pessoais, qualquer empresa que tratar dados sem uma base legal adequada estarão tratando de dados de forma ilegal.

2.7. Princípios Norteadores Da Lei Geral De Proteção De Dados

Para alcançar o objetivo além de trazer uma base legal suntuosa, a lei também estabeleceu 10 princípios, que constam no artigo 6º da lei 13.709/2018, que ditam o tom, e direcionam o caminho para que se possa entendê-las, as empresas devem sempre observar a premissa da boa-fé buscando se adequar, e aplicar a lei de forma efetiva na sua empresa, o primeiro princípio norteador da lei é finalidade, as empresas devem ter um porquê, uma indicação clara e completa, que justifique o colhimento daquele dado. Segundo tem-se a adequação que traz para cada finalidade uma forma adequada de se tratar aquele dado, como mostra o inciso segundo do art. 6 da LGPD que diz “adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento”.

Outrossim é o princípio da necessidade que caminha junto com a finalidade e a adequação, pois, os dados só devem ser coletados para atender as finalidades necessárias de forma restritiva sem que haja qualquer excesso na colheita de informações. O princípio do livre acesso está ligado ou titular, garante que este tenha acesso a suas informações de forma facilitada e gratuita sobre como os seus dados então sendo tratado, e por quanto tempo isso vai acontecer e sobre integridade desses dados, além disso, o princípio da qualidade dos dados, que traz “garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a

necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento” (BRASIL, LGPD ARTIGO 6, V).

Ademais, a LGPD também conta com princípio da transparência que exige que as informações sobre o tratamento dos dados seja de fácil acesso e compreensão, formuladas numa linguagem clara e simples, garantido o direito à informação das pessoas, após isso vem o princípio da segurança, que compreende medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão dos dados armazenados, este princípio deve vir alinhado ao princípio da prevenção, pois devem buscar medidas que previnam a ocorrência de qualquer dano ao titular, por consequência do tratamento dos dados pessoais.

O nono princípio é o da não discriminação que impede que o tratamento de dados seja utilizado de maneira discriminatória, ilícita ou abusiva, porém existem as exceções que são aquelas onde o tratamento de dados pessoais necessitam de condição específicas previstas em lei, por último o princípio da prestação de contas que exige que o agente tratador dos dados, demonstre todas as medidas cabíveis que foram tomadas para o cumprimento das medidas da LGPD, e a comprovação da eficácia destas medidas.

2.8. Penalidades Da Lei Geral De Proteção De Dados

Com a crescente discussão sobre as medidas de segurança para o tratamento de dados, as pessoas buscam cada vez mais saber não apenas sobre os produtos e serviços oferecido por aquela empresa, mas também sobre as políticas internas e sobre o cumprimento da LGPD, uma vez que as empresas que não estejam procurando cumprir essas medidas ou até mesmo que haja uma falha de segurança, pode gerar uma desmoralização dentro do mercado causando um impasse na sua relação com cliente, podendo até levar ao rompimento de vínculos entre este.

Ainda que o seu negócio seja punido por falta de cuidado e de conhecimento sobre a nova lei, a mensagem que vai transmitir para o mercado e os clientes é que você agiu de má fé na forma como tratava os dados. Essa reputação pode culminar na perda de clientes e, conseqüentemente, em uma queda drástica no seu faturamento. (DIREITO DIGITAL, EMPRESARIAL E PROTEÇÃO DE DADOS, 2020)

Além da perda de clientes que a não harmonização das empresas com a lei pode gerar, estas também estão sujeitas ao capítulo VIII, artigo 52º da LGPD que trata das sanções administrativas, das quais estas empresas fica sujeitas, estabelecendo dois tipos de punição financeira, a primeira delas é uma multa simples

de 2% do faturamento que a empresa tenha, porém esta multa está limitada ao máximo de 50 milhões de reais por infração, já a segunda punição financeira é uma multa diária, mas seguindo o mesmo valor máximo da primeira.

Como o objetivo principal da nova lei é impedir o uso indiscriminado dos dados, é possível que casos de descuidos, em que realmente não houve a intenção de deixar um dado vaziar, sejam corrigidos por meio de advertências e orientações. Já aqueles em que está clara a má-fé, como a venda de cadastros de e-mail e telefones para telemarketings, por exemplo, devem ser punidos com multas (WK SISTEMAS, 2020).

Entretanto, a LGPD não estabeleceu apenas punições financeiras para quebra de sigilo dos dados pessoais, dessa maneira, as empresas que infringirem as normas da LGPD de uma forma menos gravosa, poderão sofrer com outros tipos de sanções, aplicados também exclusivamente pela agência Nacional Reguladora De Dados (ANPD), sendo essas, advertência com prazo fixado para a correção de irregularidades; comunicação pública da infração depois da apuração e confirmação da ocorrência; bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração.

Além disso, as empresas podem sofrer a suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 meses, que pode ser prorrogado por igual período até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; pode vir a sofrer também a suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais referente a infração por um período máximo de 6 meses, podendo ser estendido por mais seis meses e pôr fim a empresa pode ficar proibida de forma parcial ou total de exercer atividade relacionada ao tratamento de dados.

Contudo, para chegar na fase de aplicação dessas sanções é necessário o estabelecimento de um procedimento administrativo que dê a possibilidade de se estabelecer a ampla defesa e o contraditório, porém para a abertura desse procedimento de investigação e inquérito é indispensável considerar alguns parâmetros e critérios trazidos pela lei, como a boa-fé do infrator; se o infrator obteve alguma vantagem ou pretendia obter; a condição econômica; se há reincidência; qual o grau de dano causado por aquela conduta; se o infrator está cooperando; adoção e restabelecimento de medidas e procedimentos internos capazes de minimizar os danos; adoção de políticas de boas práticas e governança; rápida adoção de medidas corretivas e por fim ver proporcionalidade entre a falta cometida e a sanção que vai ser aplicada, porém, qualquer dessas sanções só serão aplicadas em 2021, devido a um projeto de Lei nº. 1.179/2020, de 10 de junho de 2020, que agora é a Lei nº.

14.010/2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), confirmando a vigência dos artigos 52, 53 e 54 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (“LGPD”) apenas para 1º de agosto de 2021.

Portanto, podemos concluir que a nova lei trouxe vários meios para se fazer cumprida e agora é o momento para que aquelas empresas que ainda não se adequaram busquem, adequação, pois apesar das sanções ainda não estarem em vigor a lei já está, e aqueles que forem lesados devido ao mau tratamento de dados podem sim ingressar na justiça utilizando a LGPD, e a empresas serão responsabilizadas pela justiça comum, sempre levado em consideração a boa-fé da empresa na relação do tratamento dos dados pessoais, visto que ocorre todo um procedimento de averiguação para buscar a melhor punição possível, evitando qualquer abuso legal.

2.9. Atuação Da Autoridade Nacional De Proteção De Dados (ANPD)

A autoridade nacional de proteção de dados é um órgão da administração pública federal, e está integrada a presidência da república, porém no prazo de até dois anos o poder executivo pode transformá-la em entidade administrativa indireta, submetendo se a regime autárquico especial, mas ainda vinculada a presidência da república, a ANPD será composta por 6 elementos sendo eles, conselho diretor, conselho nacional de proteção de dados, corregedoria, ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio, unidade administrativa e unidade especializadas.

Tendo esses elementos o importante papel de fiscalização e regulação da lei geral de proteção de dados, no primeiro momento está ficará responsável pela orientação geral, e determinação de diretrizes do tratamento do dados, além de poder fazer alterações que julgue necessária na lei nº13.709/2018, após o período de adaptação da lei a ANPD também passará a aplicar sanções e multas previstas pela lei.

A competência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, por sua vez, encontra-se descrita no art. 55-J da lei 13.709/18 e se consubstancia fortemente em orientar, promover e fiscalizar a observância da LGPD, além de aplicar sanções em casos de violação no tratamento de dados, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, ampla defesa e o direito de recurso. É também papel de suma importância da ANPD o da deliberação sobre interpretação e competência da Lei Geral de Proteção de Dados, em especial, nos casos omissos (ARAUJO,2020).

Entretanto, a ANPD ainda não foi estabelecida o que gera uma certa insegurança jurídica, porém o presidente Jair Bolsonaro no dia 15 de outubro publicou em uma edição extra do diário oficial cinco nomes para o conselho diretor da Autoridade Nacional De Proteção De Dados, mas ainda se faz necessária a aprovação do senado para então fazerem o papel de fiscalizadores da LGPD (SILVA,2020).

Portanto, assim que os membros da Agencia(AGÊNCIA) Nacional De Proteção De Dados (ANPD) forem escolhidos terão o importante papel de tornar a lei geral de proteção de dados mais acessível, e de fácil interpretação para as empresas, afim de garantir a sua aplicação sem qualquer problema, além de dar toda a orientação necessária para isso e posteriormente aplicar sanções às empresas que descumprirem as regras do tratamento de dados pessoais.

2.9.1. Condenações Por Descumprimento A Lei Geral De Proteção De Dados

A lei geral de proteção de dados já entrou em vigor, a agência Nacional De Proteção De Dados está em fase de criação e as suas sanções só passarão a ser aplicadas a partir de 2021, porém as empresas que violarem o tratamento de dados já podem ser responsabilizados pela lei, como foi o caso da empresa Cyrela Brazil Realty SA Empreendimentos e Participações, uma empresa incorporadora e construtora de imóveis residenciais que foi a primeira empresa a ser multada pela violação dos dados de cliente.

O entendimento é da juíza Tonia Yuka Koroku, da 13ª Vara Cível de São Paulo. É a primeira decisão a se valer da LGPD de que se tem conhecimento em São Paulo. Na sentença, proferida nesta segunda-feira (29/9), a magistrada condenou a Cyrela, companhia do ramo imobiliário, a indenizar em R\$ 10 mil um cliente que teve informações pessoais enviadas a outras empresas (ANGELO,2020).

Isso aconteceu pois o cliente comprou um apartamento da empresa no ano de 2018, e a partir daí começou a ser assediado por instituições financeiras e lojas de decoração que citavam a sua compra recente, então o proprietário ajuizou ação e foi comprovado que a CYRELA® trabalhava com parcerias e havia fornecido os dados deste cliente, porém uma dúvida surgiu pois a agência Nacional De Proteção De Dados não foi implementada ainda e a lei traz que cabe exclusivamente a ANPD a aplicação das sanções, por descumprimento a LGPD, o que ocorre é que multa aplicada a Cyrela não tem a ver com as multas administrativas que serão aplicadas pela ANPD.

As multas que foram diferidas para agosto de 2021 se referem às punições que podem ser aplicadas administrativamente pela ANPD. São multas administrativas. No caso da Cyrela, o que houve foi uma ação individual de um titular de dados pedindo reparação pelos supostos danos causados em virtude do compartilhamento não autorizado de suas informações cadastrais (ARTESE,2020).

Outra ação civil pública foi movida pelo ministério público do distrito federal, na qual foi comprovada a venda de dados de pessoas naturais identificadas ou identificáveis, feitas através do MERCADO LIVRE®, tendo como principal beneficiária a empresa SIDNEI SASSI® do Rio Grande do Sul, o que fere diretamente a lei geral de proteção de dados e também a constituição federal, segundo trazido pela revista consultor jurídico (2020), o juiz deferiu o pedido e decretou tutela de urgência para que a empresa SIDNEI SASSI® parasse imediatamente de disponibilizar de qualquer forma os dados pessoais dos indivíduos, sob pena de ser multada em R\$ 2 mil reais por cada operação realizada e também determinou o juiz que o MERCADO LIVRE® retire imediatamente os anúncios da venda de dados e forneça o cadastro do usuário nominado, para que se possa identificar o vendedor.

Pode se concluir que apesar das sanções trazidas pela LGPD só passarem a ser aplicadas no ano de 2021, as empresas já podem ser punidas pelo descumprimento no tratamento de dados, uma vez que a lei já se encontra em vigor, podendo ser feitas por meio do ministério público, Agência Nacional Defesa Do Consumidor ou ações civis, então para que as empresas não venha a sofrer com isso é necessário que elas se adequem e tomem todas as medidas para a proteção desde dados mesmo antes do estabelecimento da agencia nacional de proteção de dados.

2.10. Medidas Para Regularização Das Empresas

Como observado anteriormente, apesar das sanções administrativas terem sido postergadas para o ano que vem, e a agência Nacional De Proteção De Dados ainda não estar operando na regulamentação e fiscalização da lei que já se encontra em vigor, as empresas podem sim sofrer algum tipo de punição pelo descumprimento da lei Nº 13.709/2018, através de outros institutos legais, portanto para evitar essas penalidades as empresa precisam aplicar as medidas para estarem de acordo com a LGPD e poderem então fazer o tratamento de dados da forma adequada.

Para isso a lei traz que o agente de tratamento de dados deve implementar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas para garantir a proteção dos dados pessoais de qualquer acesso que não seja autorizado, de situações acidentais

ou ilícitas que possam vir a destruir, alterar, fazer a comunicação dessas informações e veda qualquer forma de tratamento ilícito ou inadequado (BRASILIA,2018), porém não especifica qual devem ser essas medidas.

Para iniciarem a implementação das medidas de segurança impostas pelas leis as empresas devem inicialmente montar o mapeamento dos dados existente naquela empresa, depois fazer o levantamento, quem são os titulares dos dados, se foram recolhidos no meio físico ou virtual, se são de colaboradores, clientes, parceiros e depois identificar se encaixam em dados sensíveis, dados pessoais, anônimos entre outros, definir quem serão o controlador e operador, restringindo o acesso de outras pessoas a esses dados, também deve haver a instauração de políticas de segurança, acesso e compartilhamento dessas informações, adição de termos necessários, adequação dos documentos seja em meio físico ou virtual para que as informações só sejam colhidas de acordo com a necessidade, e exclusão de informações desnecessárias, além disso, treinamento para a capacitação do pessoal para as novas diretrizes, criar respostas para possíveis incidentes e empresa que trabalhem com importação de dados internacionais também devem se adequar as medidas da GRPD.

Devemos avaliar cada processo e identificando suas diversas etapas, tais como avaliação de impacto, organização de banco de dados, implementação de mecanismos de segurança (antimalware, criptografia, duplo fator de autenticação, mudança de autorizações de acesso, etc.), treinamento de colaboradores internos e terceiros, adequação de políticas internas e contratos, plano de resposta a incidente, dentre várias outras etapas que envolvem tempo e trabalho para um resultado confiável e adequado à realidade da empresa. Não é algo que se faz “do dia pra noite” (ASSIS, 2020).

Portanto, as empresas tanto físicas como virtuais, até a implementação da ANPD as empresas devem buscar as melhores formas de cumprir o que a lei geral de proteção de dados

pede, sabe-se que não é algo fácil, porém é necessário e após receberem as devidas orientações do órgão responsável alcancem em fim o ideal de proteção de dados no Brasil.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dados pessoais são informações que se referem a uma pessoa viva, identificada ou identificável, podendo ser também um conjunto de informações distintas que levem a identificação da pessoa, quando os empresários passaram a ver

os dados pessoais em sua essência, eles descobriram que poderia gerar grandes lucros com essas informações e passaram a coletá-las e devolvê-las em forma de serviços personalizados, aproveitando a expansão do uso da internet no Brasil.

No entanto quanto mais dados uma empresa domina maior é o mercado que esta consegue atender, e dessa ganância iniciou uma coleta desenfreada dessas informações, e assim nasceu o marco civil da internet que veio regular o meio virtual no Brasil pois não havia qualquer legislação que protegesse este espaço, o MCI trouxe grandes inovações como a neutralidade de rede, assegurou a liberdade de expressão e a segurança na rede onde cuidada da proteção dos dados dos usuários, porém mesmo com isso o marco civil da internet não era suficiente uma vez que seu espaço de atuação era restrito ao âmbito virtual, porém não conseguia resguardar a proteção total neste espaço, visto que a coleta de forma irresponsável ainda persistia e agora as empresas faziam a venda de listas com essas informações.

Outro fator foi a promulgação da *General Data Protection Regulation* (GDPR), na União Europeia que apesar de se aplicar apenas ao seu país, exigia de certa forma para fazer negócios internacionais que estes países tivessem legislação que protegesse os dados pessoais de forma igual ou superior a deles.

E assim nasceu a Lei 13.709/2018, inspirada na GRPD da União Europeia e complementando as lacunas do MCI, impactando tanto as instituições privadas, quanto as públicas pois esta veio regular a proteção de dados pessoais dos indivíduos, em qualquer liame que envolva o tratamento de informações tidas como dados pessoais, seja físicos ou virtuais, trazendo um rol autorizativo com dez bases legais para que empresas possam colher os dados pessoais, além disso, princípios norteadores e a forma para o tratamento desses dados, e uma vez que isso seja descumprido também foi criada a Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD), na qual compete a ela exclusivamente o amparo a fiscalização e a aplicação de sanções administrativas às empresas, porém devido ao cenário de calamidade pública com o vírus da covid-19, essas sanções só serão aplicadas a partir de agosto de 2021, além disso a ANPD ainda está em fase de criação e seleção de nomes.

Apesar disso, as empresas já deveriam estar adequadas ou buscando se ajustar, uma vez que a lei já se encontra em vigor e algumas empresas já foram responsabilizadas e punidas com base na LGPD porém através de processos por outros dispositivos legais, com isso concluímos que a proteção de dados pessoais passou por um processo evolutivo no início quase não se havia preocupação com o mesmo e quando estes passaram a ter valor econômico e serem explorados foi necessário a implementação de um arcabouço legal que protegesse essas informações e seus titulares, inicialmente o primeiro foi MCI porém este não foi suficiente e continha lacunas, então nasceu a LGPD que está na sua fase inicial e ainda

será preciso tempo para garantir que esta será efetiva, porém os primeiros sinais de mudança já estão aí.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Carlos. **O que o escândalo do facebook pode significar para o Brasil.** Disponível em: <<https://tecfront.blogosfera.uol.com.br/2018/03/27/o-que-o-escandalo-do-facebook-pode-significar-para-o-brasil/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

ALCÂNTRA, Jesseir Coelho de. **Vendas de dados pessoais: Extirpação.** Disponível em: <<https://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/venda-de-dados-pessoais-extirpacao.html>>. Acesso em: 15 out. 2020.

ANGELO, Tiago. **JUÍZA APLICA LGPD e condena construtora que não protegeu dados de cliente.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-30/compartilhar-dados-consumidor-terceiros-gera-indenizacao>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ARAS, Vladimir. **Breves comentários do marco civil da internet.** Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

ARAÚJU, Anderson dos Santos. **Papel e importância da Autoridade Nacional de Proteção de dados.** Disponível em: <<https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/artigo-migalhas-papel-e-importancia-autoridade-nacional-de-protecao-de-dados-por-anderson-dos-santos-araujo/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

ASSI, Marcos. **LGPD: tire suas dúvidas.** Disponível em: <<https://portogente.com.br/noticias/opiniao/110769-implementacao-da-lgpd-tire-suas-duvidas>>. Acesso em: 24 out. 2020.

ASSI, Marcos. **Principais dúvidas da implementação da LGPD.** Disponível em: <<https://acontecendoaqui.com.br/tech/artigo-principais-duvidas-da-implementacao-da-lgpd>>. Acesso em: 24 out. 2020.

BATISTA, Rafael. **Como a lei geral de proteção de dados afeta nosso dia a dia.** Disponível em: <<https://vanzolini.org.br/weblog/2019/03/22/como-lei-geral-de-protecao-de-dados-afeta-nosso-dia-dia/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, DF, 14 de ago. 2018. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>.
Acesso em: 27 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 23 de abr. 2014.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 27 set. 2020.

CASOS de acesso indevido e vazamento de dados devem aumentar em 2015. **Fecomerciosp**, 2015. Disponível em:
<<https://www.fecomercio.com.br/noticia/casos-de-acesso-indevido-e-vazamento-de-dados-devem-aumentar-em-2015>>. Acesso em: 15 out. 2020.

CHATER, Mariani. **Por que as empresas devem se adequar à LGPD e como dar início a esse processo.** Disponível em:
<<https://www.jornaljurid.com.br/blog/auxilium/por-que-as-empresas-devem-se-adequar-a-lgpd-e-como-dar-inicio-a-esse-processo>>. Acesso em: 30 set. 2020.

CIENTÍFICA: **SciELO.** Regulamentação da internet: perspectiva comparada entre Brasil, Chile, Espanha, EUA e França, 2014. Disponível em:
<https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702015001001551&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 28 set. 2020.

COSTA, Thabata Filizola. **A importância de uma lei geral de proteção de dados pessoais.** Disponível em: <<https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/346208302/a-importancia-de-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 27 set. 2020.

CRIADORES da internet elogiam o Marco Civil. **Exame.com**, 2014. Disponível em:
<<https://exame.com/tecnologia/criadores-da-internet-elogiam-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

CUNHA, Carolina. **Proteção de dados - a questão da privacidade dos cidadãos na internet.** Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/protecao-de-dados-a-questao-da-privacidade-dos-cidadaos-na-internet.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 10 out. 2020.

DEZ princípios da LGPD para o tratamento de dados pessoais. **MND Advogados**, 2018. Disponível em:
<<https://ndmadvogados.jusbrasil.com.br/artigos/698194397/10-principios-da-lgpd-para-o-tratamento-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

DIEHL, Gabriela. **Vazamento de dados antes da LGPD: o que pode acontecer com a minha empresa.** Disponível em: <<https://www.becompliance.net.br/vazamento-de-dados-antes-da-lgpd-o-que-pode-acontecer-com-a-minha-empresa>>. Acesso em: 27 set. 2020.

DIJK, Gina Van. **O que falta para o Brasil avançar na área de cibersegurança.** Disponível em: <<https://minutodaseguranca.blog.br/o-que-falta-para-o-brasil-avancar-na-area-de-ciberseguranca/>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

DIREITO digital, empresarial e proteção de dados. **Assis e Mendes Advogados**, 2020. Disponível em: <<https://assisemendes.com.br/riscos-lgpd/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

DUENAS, Carlos. **Vendas de dados: conheça suas implicações e a relação com a LGPD.** Disponível em: <<https://blog.vinco.com.br/venda-de-dados-conheca-suas-implicacoes-e-a-relacao-com-a-lgpd/>>. Acesso em: 30 out. 2020.

ENTENDA o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. **G1**, São Paulo, 02 de jul. de 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>>. Acesso em: 27 set. 2020.

GARCIA, Rebeca. **Marco Civil da Internet no Brasil: repercussões e perspectivas.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.964.06.PDF25/10>. Acesso em: 05 out. 2020.

GDPR: o impacto da lei de proteção de dados no Brasil. **Certsys**, 2018. Disponível em: <<https://www.certsys.com.br/insights/blog/gdpr-o-impacto-da-lei-de-protecao-de-dados-no-brasil/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

GRPD: entenda o que é o Regulamento Geral de Proteção de dados. **DocuSign**, 2018. Disponível em: <<https://www.docusign.com.br/blog/gdpr-entenda-o-que-e-o-regulamento-geral-de-protecao-de-dados>>. Acesso em: 10 out. 2020.

HOFRIMANN, Suelen. **Descubra como a LGPD vai afetar a sua empresa.** Disponível em: <<https://www.holmesdoc.com.br/descubra-como-a-lgpd-vai-afetar-a-sua-empresa/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

IMPORTÂNCIA da LGPD. **Hasa certificado digital**, 2019. Disponível em: <<https://www.certificadodigitalhasa.com.br/importancia-da-lgpd/#:~:text=Se%20sancionada%2C%20a%20lei%20vai,Alguns%20objetivos%20im>>

portantes%3A&text=Os%20cidad%C3%A3os%20passam%20a%20ter,prote%C3%A7%C3%A3o%20de%20seus%20dados%20pessoais>. Acesso em: 26 set. 2020.

JUIZ determina que site suspenda anúncio de venda de banco de dados cadastrais. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-19/juiz-determina-site-suspenda-anuncio-venda-banco-dados?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 15 nov. 2020.

JURIDICA. **Revista âmbito jurídico**. Da proteção dos dados pessoais no Brasil, 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-162/da-protecao-dos-dados-pessoais-no-brasil/>>. Acesso em: 30 set. 2020.

JURIDICA. **Revista de informação legislativa**. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf>. Acesso em: 15 out. 2020.

LANDIM, Wikerson. **Conheça a Lei Azeredo, o SOPA brasileiro**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/ciencia/18357-conheca-a-lei-azeredo-o-sopa-brasileiro.htm>>. Acesso em: 27 set. 2020.

LEI geral de proteção de dados e seus impactos no ordenamento jurídico. **Cotsadvogados**, 2019. Disponível em: <<https://www.cots.adv.br/artigo/lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-no-ordenamento-juridico>>. Acesso em: 28 out. 2020.

LIBERDADE de expressão e o Marco Civil da Internet: três anos de regulação. **Instituto de referência em internet e sociedade**, 2017. Disponível em: <<https://irisbh.com.br/liberdade-de-expressao-e-o-marco-civil-da-internet-tres-anos-de-regulacao/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

LIMA, Luís. **Dilma destaca a defesa do marco civil da internet feita por Barners-Lee**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,dilma-destaca-defesa-a-marco-civil-feita-por-berners-lee,1148991>>. Acesso em: 27 set. 2020.

LIMA, Lindamaria. **Os 10 Princípios para tratamento de dados da LGPD**. Disponível em: <<https://triplait.com/principios-para-tratamento-de-dados-da-lgpd/>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

MATEUS. **O que é a GDPR?**. Disponível em: <<https://www.opus-software.com.br/o-que-e-gdpr/>>. Acesso em: 10 out. 2020.

MENEZES, Karina. **Comparativo entre LGPD x GDPR**. Disponível em: <<https://guialgpd.com.br/comparativo-entre-lgpd-x-gdpr/>>. Acesso em: 04 out. 2020.

O BRASIL é o país mais vulnerável a vazamento de informações, diz pesquisador. **O Globo**, Rio de Janeiro, 14 de set. de 2017. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Tecnologia/noticia/2017/09/brasil-e-o-pais-mais-vulneravel-vazamento-de-informacoes-diz-pesquisador.html>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148)**. Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 30 set. 2020.

OLIVEIRA, Mario André Chaves de. **Existe dano moral pelo tratamento irregular de dados pessoais sob a LGPD?**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/320453/existe-dano-moral-pelo-tratamento-irregular-de-dados-pessoais-sob-a-lgpd/>>. Acesso em: 28 set. 2020.

OLIVEIRA, Renan Medeiros. **A importância da LGPD e a (Des)necessidade de seu adiamento**. Disponível em: <<https://www.aarb.org.br/a-importancia-da-lgpd-e-a-desnecessidade-de-seu-adiamento/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Marco civil da internet**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/marco-civil-na-internet.htm>>. Acesso em: 28 set. 2020.

PILOTO, Alessandra. **Lei Geral de Proteção de Dados: uma oportunidade de negócio para as empresas**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/327833/lei-geral-de-protecao-de-dados--uma-oportunidade-de-negocio-para-as-empresas>>. Acesso em: 06 out. 2020.

PINHEIRO, Daniel. **Leis de crimes digitais foi pouco discutida, dizem críticos; Azeredo discorda**. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u96.jhtm>>. Acesso em: 27 set. 2020.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018(LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020. 150 p.

PINTO, Tales dos Santos. **Debate sobre o Marco Civil da Internet**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/debate-sobre-marco-civil-internet.htm>>. Acesso em 10 out. 2020.

PITA, Mariana. **Vazamento do facebook reforçou urgência da lei sobre dados pessoais**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/vazamento-do-facebook-reforca-urgencia-de-lei-sobre-dados-pessoais/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

PRINCIPIOS da LGPD. **Serpro.gov**, 2019. Disponível em: <<https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/principios-da-lgpd#:~:text=A%20base%20da%20LGPD%20%C3%A9,antes%20do%20tratamento%20ser%20realizado.&te>>. Acesso em: 15 out. 2020.

SALOMÃO, Mariana Silva. **Marco civil da internet: perspectivas de aplicação e seus desafios**. 2016. 18 p. Artigo Científico (Pós-graduação Lato Sensu) -Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio De Janeiro, 2016.

SANTOS, Cléberon. **Marco Civil da Internet: cinco anos depois, o que mudou**. Disponível em: <<https://www.nic.br/noticia/na-midia/marco-civil-da-internet-cinco-anos-depois-o-que-mudou/#:~:text=Dentre%20as%20mudan%C3%A7as%20que%20o,as%20o briga%C3%A7%C3%B5es%20do%20Poder%20P%C3%ABlico>>. Acesso em: 15 out. 2020.

SANTOS, Rodrigo. **A LGPD entrou em vigor. Sua empresa será penalizada?**. Disponível em: <<https://www.compugraf.com.br/lgpd/>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

SEIS passos simples para evitar vazamento de dados. **E-Val tecnologia**, 2019. Disponível em: <<https://www.evaltec.com.br/6-passos-simples-para-evitar-vazamento-de-dados/>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SETE dicas para se adequar a LGPD antes do prazo. **LGPD Brasil**, 2020. Disponível em: <<https://www.lgpdbrasil.com.br/7-dicas-para-se-adequar-a-lgpd-antes-do-prazo/>> Acesso em: 12 nov. 2020.

SILVA, Victor Hugo. **Bolsonaro indica diretores para ANPD, órgão que aplicará LGPD**. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/375373/bolsonaro-indica-diretores-para-anpd-orgao-que-aplicara-lgpd/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

SOPRANA, Paula. **Banco Inter fecha acordo e pagará R\$ 1,5 milhões pelo vazamento de dados**. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/tec/2018/12/banco-inter-pagara-multa-de-r-15-milhao-por-vazamento-de-dados.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2020.

SOUZA, Carlos Affonso; Lemos, Ronaldo. **Marco civil da internet construção e aplicação**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/02/marco_civil_construcao_aplicacao.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SOUZA, Vitoria. **Importância e principais pontos da lei geral de proteção de dados**. Disponível em: <<https://alright.com.br/lgpd/>>. Acesso em: 04 set. 2020.

THACKER, Neil. **Vamos garantir a conformidade dos dados ou apenas pintar rachaduras?** Disponível em: <<https://cio.com.br/gestao/vamos-garantir-a-conformidade-dos-dados-ou-apanas-pintar-rachaduras/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco civil da internet: uma lei sem conteúdo normativo**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000100269>. Acesso em: 30 set. 2020.

VASCONCELLOS, Carlos Eduardo. **LGPD: O que a condenação da Cyrela por uso indevido de dados deixa de alerta**. Disponível em: <<https://www.oconsumerista.com.br/2020/10/lgpd-o-que-a-condenacao-da-cyrela-deixa-de-alerta/>>. Acesso em: 24 out. 2020.

VEJA como funcionam as penalidades para quem não cumprir a LGPD. **WK Sistema**, 2020. Disponível em: <<https://blog.wk.com.br/penalidades-para-quem-nao-cumprir-a-lgpd/>>. Acesso em: 15 nov. 2020.

VENTURA, Felipe. **Netshoes paga R\$ 500 mil em danos morais após vazamento de dados**. Disponível em: <<https://tecnoblog.net/277594/netshoes-acordo-mpdf-vazamento-dados/>>. Acesso em: 27 set. 2020.

DIREITO DOS IDOSOS: ASPECTOS PENAIS NOS DIFERENTES CENÁRIOS ATUAIS

ALEX ALEXANDRE DOS SANTOS:

Graduando em Direito pela
Universidade Brasil - Fernandópolis.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: Em reflexo à pandemia do vírus covid-19, nota-se constante aumento no número de idosos abandonados no Brasil e no mundo, o afastamento social é um fator que os deixaram em posição de maior risco à violência e crimes, como o abandono. Em razão disso, o Direito dos Idosos é visto como a fonte principal para garantia de uma resposta rápida do Estado em atender as demandas dessa população, no entanto, as famílias ainda os abandonam com frequência e, muitas das vezes, se ausentam de paciência ao lidar com a velhice, assim predominando um ambiente de violência e sem afetividade, esta que é tão importante para o bom envelhecimento nesse estágio da vida. Em observância a esses apontamentos, faz-se necessário analisar a efetivação penal nesse campo, já que o Direito Penal prevê essas atitudes criminosas e as pune de forma a tentar balancear a ordem na sociedade, nesse sentido, é perceptível a lacuna em alguns aspectos e a falta de uma legislação realmente efetiva, cabendo melhorias ao Estatuto do Idoso em termos de direitos e crimes contra idosos. O tema jurídico baseia-se em questões familiares e sociais, sendo elementos fundamentais para o zelo da dignidade e inclusão dos idosos na sociedade.

Palavras-chave: Direito dos Idosos; Pandemia; Abandono; Crimes contra idosos; Estatuto do Idoso.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO - 2 ABANDONO DE IDOSOS; 2.1 Conceito de Idoso. 2.2 Noções Sobre Abandono; 2.3 Tipos de Abandono no Direito Penal; 2.4 A Implementação do Estatuto do Idoso. 3 IDOSO PERANTE A PANDEMIA; 3.1 Atendimento nas Instituições Hospitalares; 3.2 Cuidado Familiar no Ambiente Doméstico. 4 ASPECTOS PENAIS NO DIREITO DOS IDOSOS; 4.1 Caracterização e Penas Relacionadas; 4.2 Asilo é uma Solução? 5 EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PENAIS NO ESTATUTO DO IDOSO; 5.1 Problemáticas na Aplicação da Lei Penal; 5.2 Reflexos Judiciais e a Preocupação Processual. 6 METODOLOGIA DE PESQUISA. 7 CONCLUSÃO. 8 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As engrenagens em funcionamento nos diversos ramos da vida, há a constante figura da população idosa, ainda mais neste momento tão delicado em que o mundo está passando, referente a uma época de pandemia e regressos, tanto psicológicos quanto econômicos, em razão do isolamento.

Nessa perspectiva, cenários como instituições de saúde, ruas e inclusive no ambiente doméstico, é possível ver a dificuldade dos idosos em ter seu direito amplamente atendido, com isso, além de analisar suas garantias fundamentais, é preciso ver seu foco no percurso do direito penal, nesse sentido, no que se diz respeito a violação de seus direitos, se faz necessário investigar tutelas contra a ocorrência de crimes contra essa população, que mesmo chegando aos estágios finais de sua longínqua vida, ainda faz parte e permanece na consciência coletiva dessa e das próximas gerações.

Os direitos dos idosos estão previstos na Constituição Federal e no Estatuto do Idoso, através da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003. Esses dois textos legislativos, elencam diversos direitos a fim de alcançar efetiva dignidade e qualidade de vida nesse período complexo da velhice, contudo, ainda se fala em necessidade de maior amparo legal, para isso, o ramo penal visa satisfazer tais demandas por meio de imputação de penas.

Apesar do direito penal abordar tal finalidade, há em se questionar a amplitude dessa capacidade em coibir os crimes contra a pessoa idosa. Demonstrar a importância da família e da população mais jovem em preservar a tutela do idoso, dando prioridade no atendimento em certos locais, adaptar o ambiente em termos de locomoção e promover uma melhor relação na família, é essencial para combater os variados tipos de abandono dessas pessoas. Bem como diz o artigo 230 da Constituição Federal: "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

A principal proposta do trabalho é analisar a real efetivação do direito dos idosos e as maneiras pelas quais são assegurados por meio da área penal, tratando acerca do abandono familiar em conjunto com a sistemática médica em face da pandemia, tais aspectos formulam um dever de cuidado que toda a sociedade deve aderir, inclusive é regulamentado e passível de pena com previsão no artigo 98 do Estatuto do Idoso. Em observância a isso tudo, é um assunto extremamente relevante, principalmente com a situação no mundo a respeito do covid-19, deixando a problemática ainda mais sensível do que já é.

2 ABANDONO DE IDOSOS

2.1 Conceito de Idoso

No Brasil, sua definição consta no Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/03, artigo 1º) e na Política Nacional do Idoso (PNI, lei nº8.842/94, artigo 2º), considerando pessoa maior de sessenta anos de idade. Basear-se na faixa etária é um instrumento necessário a fim de resguardar direitos referentes a esta parte da população, no entanto, surge também a concepção tanto na idade cronológica quanto na idade biológica. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), há características relacionadas ao envelhecimento que ampliam o conceito de idoso em razão de suas variações. Até mesmo diferem demarcações em países em desenvolvimento e países mais desenvolvidos, o primeiro demonstrando 60 anos de idade e o segundo como 65 anos de idade, vendo que o nível de qualidade da saúde, independência em tarefas do dia a dia e o grau de inclusão na sociedade são grandes fatores que envolvem o conceito.

Dados mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) apontou 28 milhões de pessoas com faixa etária de 60 anos ou mais no Brasil (março de 2019), levando em consideração o conceito de idoso levantado pela OMS, assim representando 13% da população do país. Indo mais a fundo, no conceito abordado nacionalmente, segundo a Fundação Getúlio Vargas (FGV) em uma pesquisa levantada em abril do ano de 2020, chamada "Onde Estão os Idosos?", verificou que os brasileiros com 65 anos ou mais são 10,53% da população.

Em conformidade a tais estatísticas, temos uma população idosa razoavelmente superior a outros países, uma pesquisa da Universidade de São Paulo (USP) de 2018, previu que em 2030 o Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo e que os grandes problemas virão da "ausência de sensibilidade administrativa para conduzir serviços sociais". Tantas informações a respeito, evidencia a extrema necessidade em envelhecer bem, o índice de expectativa de vida vem aumentando, conseqüentemente, surgindo uma fase de idosos vivendo mais durante esses últimos anos. Contudo, surgiu um fator que mudou todo este ciclo, que é a situação pandêmica que o mundo se encontra em luta para combatê-la.

Segundo Neri, Cachiori & Resende (2002):

A velhice é um conceito historicamente construído que se inscreve na dinâmica das atitudes, das crenças e dos valores da sociedade. A marca social da velhice é estar em oposição à juventude, motivo pelo qual é recorrente a oscilação entre a idealização e a depreciação do idoso. Os estereótipos – que são crenças generalizadas sobre os atributos ou características que

definem um determinado grupo social, como, por exemplo, o dos idosos – são transmitidos pela educação e associam-se a práticas sociais discriminativas.

Nem todos, apesar do abrangente conceito, em critérios físicos e mentais, precisariam de prioridades e privilégios contidos no Estatuto do Idoso, mas bem como visto por muitos estudiosos, além das modificações que ocorrem no corpo, é preciso analisar de forma mais complexa, levando em consideração, inclusive, áreas ligadas ao psicológico, ao social e espiritual. Então, a perspectiva da idade em face da sua inclusão ao meio social, ao seu tratamento familiar e ao seu cuidado em crises relacionadas a saúde é fundamental e se torna ainda mais grave quando não levados a sério, visto que muitos estão morrendo em razão do covid-19. Em caso diverso, são abandonados sozinhos em asilos ou até mesmo nas instituições hospitalares em que são tratados, alcançando responsabilização por parte do Estado, que em muitas das vezes não tem todas as condições, realmente necessárias e eficazes, para auxiliá-los.

2.2 Noções Sobre Abandono

O abandono é caracterizado pelo afastamento de quem tem o dever de cuidar, no sentido de se ausentar do convívio e dos cuidados, ou seja, da obrigação legal em prestar assistência material e afetiva, vista como relevante valor jurídico, portanto, perante o idoso, praticamente toda a sociedade tem certo nível de responsabilidade.

Com o aumento da população idosa, aumentaram também os muitos casos de abandono, que pode até ser maior que os apontados pelas estatísticas, em razão da existência de situações de abandono desconhecidas pela sociedade. Tais práticas são crimes que podem gerar pena de até 16 anos de prisão, sendo possível visualizar no próprio Estatuto do Idoso a previsão de agravantes e qualificadoras de condutas que estão contidas no Código Penal.

O abandono pode ocorrer em asilos, em hospitais e na própria moradia, quando os responsáveis ficam omissos quanto as condições mínimas de alimentação, segurança e higiene, além da grande importância em cuidar da saúde mental. As consequências desse abandono podem gerar danos físicos e/ou psicológicos ao idoso, por exemplo: sem os devidos cuidados, em um acamado, há possibilidade de inúmeros tipos de infecções em razão das limitações decorrentes de sua restrição física.

Já as problemáticas na área psicológica podem até ser piores em termos de saúde, segundo ALTONA (2017):

As consequências psicológicas também são frequentes e igualmente perigosas. Algumas delas são: instalação ou piora de sintomas depressivos, como tristeza, irritabilidade, apatia, inapetência ou fome excessiva e sonolência, gerando um enorme sofrimento ao idoso. A privação do contato social, e às vezes até da luz do dia, tende a agravar esses sintomas.

Tais consequências são instáveis, sendo assim, seus estágios podem chegar a níveis irreversíveis, impedindo o idoso de viver, plenamente, essa fase de sua vida, por isso que saber lidar com essas pessoas é fundamental para o bom envelhecimento, inclusive, evitando de gerar arrependimentos futuros para aqueles que cuidam delas.

2.3 Tipos de Abandono no Direito Penal

A legislação brasileira traz amparos ao idoso nos diversos ramos do ordenamento jurídico, pontuando direitos e deveres em relação à família e à sociedade para garantir maior proteção às pessoas que atingem a velhice, implicando consequências penais a quem descumprir essas normas.

O descumprimento se vale pelo abandono, podendo ser material, afetivo e afetivo inverso. São tratados como crimes que incidem danos permanentes na vida dessas pessoas, já que o psicológico é o principal afetado, causando sentimentos negativos e, por prejuízo, uma vida de angústia e sofrimento, condições contrárias do ideal jurídico e social.

O abandono material vem da negligência em não oferecer recursos suficientes para a subsistência da pessoa com mais de 60 anos de idade, segundo previsão do artigo 244 do Código Penal. “Por meio da incriminação do abandono material, busca-se proteger a família, mas especificamente o dever de assistência que uns devem ter com relação aos outros no seio familiar” (GRECO, 2002). O abandono afetivo está além do simples suprimento de demandas materiais e econômicas, é negar a prestação de assistência psicológica, é se ausentar de dar afeto que, em meio às dificuldades provenientes da velhice, se faz tão fundamental. Inclusive se levado ao Judiciário, cabe ressarcimento moral contra aqueles que tinham o dever legal de harmonizar um ambiente afetivo com a pessoa sob sua tutela.

Há também o abandono afetivo inverso, mais baseado na solidariedade familiar, quando os filhos não cuidam adequadamente de seus pais idosos, tal situação é uma premissa constitucional, prevista no artigo 229 da Constituição Federal, devendo os filhos amparar os pais, além da velhice, na carência e na enfermidade, sendo de suma importância a aplicação do ramo penal para proteção

desse direito de forma mais rígida, cujo descumprimento pode ocasionar sanções, como prisão e multa.

Pouco se fala nos crimes que envolvem pessoas nessa idade, contudo, o Código Penal Brasileiro prevê até como influenciadoras de aumento de pena. Os tipos de abandono já citados infligem diversos princípios, em concordância doutrinária de LÔBO (2004), tendo como principais:

- o princípio da dignidade humana (em conformidade com o artigo 230 da CF, assegurando o direito à vida, participação na sociedade e visando tudo isso da melhor forma possível, não se admitindo omissão por parte da família e do Estado, não deixando-os excluídos da comunidade nem que por fragilidade física e mental);
- princípio da solidariedade (refere-se ao dever mútuo, à sustentação do vínculo familiar e afetivo, entende-se como a relação de cooperação quanto a assistência material, previsão no artigo 12 do Estatuto do Idoso, que em seu texto aborda sobre a obrigação alimentar solidária);
- princípio da afetividade (afeto como fator fundamental nas relações familiares, vinculado ao direito de família previsto no ramo civil).

2.4 A Implementação do Estatuto do Idoso

O Estatuto foi sancionado em 2003, em grau de importância, o Estado acaba sendo questionado sobre tamanha demora para aprovação. Longos trâmites legislativos foram necessários para tratar a matéria de forma séria e urgente, já que no país, o idoso é tratado de maneira marginalizada, com desrespeito e sem dignidade. Por muitos anos foi assim e até hoje se pode flagrar situações desse tipo, porque, além da sociedade, o próprio governo os faz imposições para reduzir seus benefícios, principalmente no que diz respeito à aposentadoria.

Apesar da não evolução em termos de alcance às demandas dessa massa, foram criadas instituições e sindicatos que apoiam esses idosos, fazendo o possível para a melhor funcionalidade das leis. No entanto, não estão em todos os lugares, por isso que a representatividade do sistema penal é essencial para almejar a eficácia em assegurar os direitos envolvidos, mas será que é realmente suficiente? Talvez sim em termos processuais, porém, na prática, há momentos em que o idoso é deixado de lado sem meios para buscar uma mudança, uma atitude. Exemplo claro, seria no próprio ambiente doméstico, caso em que haja a possibilidade de uma pessoa mais velha cujo vigor físico não é capaz de satisfazer suas necessidades mínimas e mesmo assim, é abandonado por sua família. Ou situações em que são deixados à espera

num ponto de ônibus, pois os motoristas das empresas de transporte coletivo simplesmente os ignoram.

De acordo com Sousa (2004):

Diante da situação da diminuição de nascimento e aumento da longevidade, novas opções devem ser apresentadas aos legisladores e à sociedade para um tratamento jurídico social digno, visando à proteção e à reivindicação de novas normas jurídicas incorporando novos direitos ao idoso, bem como à sua família e à sociedade, tornando um membro ativo e participativo socialmente.

A realidade pode ser decepcionante e os danos podem ser imensuráveis. Ainda assim, o papel do direito penal em aplicação de penas para indivíduos que impeçam o envelhecimento digno de tais pessoas é importantíssimo para a progressão do país. Nesse contexto, os crimes são previstos e abordados de maneira penalizadora, em que o infrator não tem acesso a benefícios que suavizem seu ato típico, como a transação penal, a conciliação ou conversão de pena, focando no combate a exposição de perigo, negativa de oportunidades, da discriminação, da manipulação social e financeira, da obstrução ao acesso à justiça e ao abandono.

3 IDOSO PERANTE A PANDEMIA

3.1 Atendimento nas Instituições Hospitalares

Muito se fala em mau atendimento, horas em filas de espera e equipamentos insuficientes para atender a demanda. O idoso que precisa de serviços hospitalares em maior intensidade sofre de maneira potencializada, pois normalmente os tratamentos são longos e de recuperação lenta, ou seja, estão propensos a permanecer por muito mais tempo nesse tipo de local, estando vulneráveis a doenças com maior facilidade em razão do grande fluxo de pessoas e da utilização de aparelhos que podem estar mal higienizados em circunstâncias de internação. Tais problemas, além da omissão do poder público, é questão humanitária, o dolo dessas ações recorrentes deve e pode ser combatido.

A falta de compromisso na prestação de serviço nessas unidades, tanto no atendimento público quanto no plano de saúde, é um impactante foco na saúde da terceira idade. Em razão disso, nos cuidados abordados por CASTILHO (2010), as instituições hospitalares devem fazer mudanças adequadas para os idosos, em termos de humanização e atendimento, sendo garantidos comunicação (interação social), proteção (não ocasionando medo a fim de tranquilizá-los), segurança

(métodos que evitem lesões e acidentes), privacidade e, se necessário, oferecendo assistência médica diferenciada.

Por outro lado, existe a falta de cuidado por parte da família desse idoso, tais pessoas responsáveis por encaminhá-lo ao hospital e acompanhar seu processo na dependência. Segundo estudiosos da saúde (CONEXÃO, 2017), grande parte dos abandonos são assim, deixados por conflitos, mágoas antigas ou simples descaso com a velhice, porém, principalmente os filhos, possuem obrigação primordial no sentido de amparar os pais nessa idade, devendo então os profissionais do hospital, ao deparar com essas situações de abandono, comunicar o poder público, denunciando através do Ministério Público ou Disque-Idoso, a omissão do funcionário é considerada crime com pena de multa.

Em tempos de pandemia, em um primeiro momento, as instituições de saúde tiveram de aplicar medidas preventivas, priorizando o afastamento e contato mínimo. Dessa forma, diversos hospitais adotaram restrição quanto às visitas, conseqüentemente, muitas famílias ficaram sem notícias de seus parentes hospitalizados, impossibilitados de acolher visitas para evitar a disseminação do vírus. Visto o aumento de ocorrências, em sentido constitucional, por abandono involuntário, com famílias sem saber como seus entes idosos estavam sendo tratados, foi implementado medidas de informação, no intuito de periodicamente, passar aos cuidadores a atual situação do paciente. Apesar das lacunas na efetivação da lei, a legislação ainda se preocupa em deixar expresso a necessidade em seguir em conformidade com a Constituição Federal, pois são princípios constitucionais e que no descumprimento, caberia ao direito penal agir, mas é consciente que se tratando de estado de emergência global, a sua atuação passa a ser limitada.

3.2 Cuidado Familiar no Ambiente Doméstico

Ninguém deve colocar em risco a vida ou a saúde do idoso, previsão constitucional e abordada no Estatuto do Idoso, pode-se considerar um bom senso, que inclusive, deveria ser adquirido, principalmente, pela família. No entanto, há de saber que não é bem assim que acontece, pois os índices de violência só vêm aumentando com maior foco no ambiente doméstico, já que o distanciamento social praticamente os obriga a permanecer em casa.

Pelo fato de o envelhecimento ainda sofrer discriminações sociais, torna-os um grupo vulnerável para as conseqüências negativas que trouxeram os cuidados para a contenção da pandemia. Dados obtidos pela Assistência Social (GOVERNO DO BRASIL, 2020): "A violação contra pessoas idosas que concentra o maior volume é a negligência, com 38 mil registros, quase 80% do total, seguida de violência psicológica (24%), abuso financeiro (20%), violência física (12%)".

Diante dessas informações, visualiza-se que existem diversos tipos de violência que, frequentemente, são praticadas contra os idosos, em destaca a negligência, violência psicológica e o abuso financeiro. Segundo Paraíba & Silva, (2015):

As violências e os maus-tratos contra as pessoas idosas se referem aos abusos: 1) físicos: correspondem ao uso de força física que pode resultar completamente em dano, dor ou prejuízo físico a pessoa idosa; 2) psicológicos: dizem respeito às agressões verbais ou gestuais cometidas com o objetivo de aterrorizar, rejeitar, humilhar, restringir a liberdade ou ainda isolar a pessoa idosa do convívio social; 3) sexuais: consistem em práticas eróticas e sexuais não consensuais contra uma pessoa idosa; 4) financeiros: referem-se ao uso ilegal ou impróprio dos bens da pessoa idosa; 5) negligências: representadas pela recusa, omissão ou fracasso por parte do responsável no cuidado com a pessoa idosa; e 6) auto-negligência: consistem no comportamento de uma pessoa idosa que ameaça sua própria saúde ou segurança.

A violência física de acordo com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, inclui golpear, empurrar, sacudir, bater, restringir, administrar alimentação forçada ou fármacos contra a vontade do idoso, causando danos ou sofrimento físico, podendo até resultar em morte, prevalecendo pena aumentada conforme artigo 129, parágrafo 9º do Código Penal, determinando detenção de 3 meses a 3 anos.

Já o abuso psicológico é feito por meios que estressam o idoso emocionalmente, ou seja, não apenas o uso de atos ou palavras que os oprimam, mas também o silêncio é uma maneira de mexer, negativamente, com o psicológico. Outra forma, é a denominada infantilização, em que a pessoa cuidadora do idoso o trata como criança, caracterizando um preconceito e, muito além disso, incentivando uma relação de maior dependência.

Os crimes sexuais também estão presentes nesse contexto, o idoso pode ser alvo de abusos sexuais, mais conhecidos como gerontofilia. O Protocolo de Identificação do Idoso Vulnerável (ves-13) levanta diversas dificuldades que se desenvolvem com a velhice, em alguns casos incapacidades, limitações e enfermidades, com isso, sem o devido discernimento, acabam sendo alvos para tais atrocidades. A fim de combatê-los, o código penal prevê, em seu artigo 217-A parágrafo 1º, pena de reclusão de 8 a 15 anos em situação de conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso.

O abuso financeiro, segundo o Centro Internacional sobre o Envelhecimento (CENIE), pode: “envolver fraude, coerção, roubo, ou mau uso do dinheiro de uma pessoa idosa, propriedades ou outros recursos valiosos”. Trata-se de exploração intencional, em que o indivíduo se beneficia, indevidamente, da situação econômica do idoso. Portanto, existe variadas formas da prática desse crime, o autor pode, inclusive, criar situações para ganhar a confiança da vítima e controlar seus bens da forma que desejar, através de mentiras, cobrança exagerada de alguma ajuda oferecida e até mesmo intimidações. O Estatuto do Idoso prevê pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa para os que se apropriam ou desviam do rendimento financeiro do idoso.

A negligência é outro fator comum nos maus-tratos aos idosos mais vulneráveis. Trata-se da privação do essencial, ou seja, não fornecer o necessário para o bem-estar do idoso, como água, alimentação, roupas adequadas, ambiente seguro e tratamento médico, negligências que podem ser tanto voluntárias (como forma de exercer autoritarismo), quanto involuntárias (decorrentes de despreparo mental, físico e financeiro por parte do cuidador).

Também existe a autonegligência, quando eles negam o cuidado de si próprio, comendo pouco, usando roupas sujas, não indo ao médico, entre outras situações. Notoriamente, quando doentes, necessitam de atenção de seus cuidadores, por disfunções crônicas, depressão ou qualquer outro caso comprometendo seu discernimento, porém, e quando possuem condições de se cuidarem? Os familiares podem confundir a autonegligência com direito de privacidade ou autonomia, sendo assim, o ideal é consultar um assistente social para apoio e aconselhamento nesses tipos de situação.

4 ASPECTOS PENAIS NO DIREITO DOS IDOSOS

4.1 Caracterização e Penas Relacionadas

Quando se fala em idosos, pensa-se muito em desrespeito nos atendimentos preferenciais e outros benefícios, porém, são situações mais focadas em garantia civil, com estipulações de indenizações. O lado penal aborda o desrespeito e as injustiças contra a integridade dessas pessoas, dessa forma, visa zelar os cuidados físicos e mentais, dando força à ideia de responsabilidade de quem mantém contato e tem o dever de cuidar, tais direitos e penas para descumprimentos estão previstos no Código Penal e no Estatuto do Idoso.

O idoso, pessoa maior de 60 anos ou enfermo, sempre será circunstância que agrava a pena quando não constituir ou qualificar o crime, isso é previsto no artigo 61, alínea h do Código Penal. Exemplos de crimes que agravam a pena se tratando de idoso no CP:

- Homicídio doloso (artigo 121, parágrafo 4º) – pena: reclusão de 6 a 20 anos + 1/3;
- Abandono de incapaz (artigo 133, parágrafo 3º) – pena: detenção 6 meses a 3 anos + 1/3;
- Dos crimes contra a honra (capítulo V) – aumenta-se as penas em 1/3 (artigo 141, IV);
- Sequestro e cárcere privado (artigo 148, parágrafo 1º, I) – pena: reclusão de 2 a 5 anos;
- Extorsão mediante sequestro com duração maior que 24 horas (artigo 159, parágrafo 1º) – pena: reclusão de 12 a 20 anos;
- Abandono material (artigo 244) – pena: detenção de 1 a 4 anos e multa.

A omissão de socorro (artigo 135) e os maus-tratos (artigo 136) também são previsões do Código Penal que muito influenciam os idosos, porém, não caracterizam, expressamente, agravantes de pena. Os principais artigos ligados ao tema, são os que tratam sobre o abandono e a violência contra as pessoas idosas. O CP traz a figura do abandono de incapaz e do abandono material. Quanto ao incapaz, explica Rogério Greco (2010, p. 291):

Para a configuração do delito previsto no art. 133 do CP, exige a lei o fato material do abandono, a violação de especial dever de zelar pela segurança do incapaz, a superveniência de um perigo à vida ou à saúde deste, em virtude do abandono, a incapacidade dele se defender de tal perigo e o dolo específico.

No Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003) são elencados crimes em seu capítulo II, mais especificadamente nos artigos 96 a 108, porém, dentre eles há alguns não ligados diretamente ao tema. Inicialmente, em seu artigo 96, é tratado sobre discriminação por motivo de idade, tal norma visa tutelar a dignidade humana e o direito de exercício da cidadania, podendo qualquer pessoa vir a praticar o crime, já que é crime comum e o sujeito passivo é a pessoa idosa, a pena imposta é de 6 meses a 1 ano e multa. Essa distinção é considerada desde a separação do idoso do resto da sociedade até as variadas formas de humilhação, esses aspectos são vistos de forma ainda mais rígida em relação aos seus cuidadores, ou seja, aqueles responsáveis pelo agente, sendo circunstância agravante de pena em 1/3.

O artigo 97 caracteriza um tipo de omissão de socorro, negligenciando assistência ao idoso, a tutela é referente a mínimos perigos sob a vida e saúde do idoso, pena de detenção de 6 meses a 1 ano e multa. O parágrafo único prevê um aumento de pena até a metade, se resulta em lesão corporal grave, e triplicada, se

resulta na morte, dessa forma, se destaca a figura do crime preterdoloso, figurando o dolo na finalidade e a culpa na violação do dever de cuidado.

Em sequência, no artigo 98, é apresentado o crime de abandono do idoso em unidades assistenciais e o não provento das demandas básicas de saúde, em primeira parte refere-se a crime comum, sendo o bem jurídico tutelado a periclitacão da vida e da saúde, no que diz respeito às demandas básicas, é mais voltado aos obrigados por lei, que tem o idoso sob seu cuidado, pena de detenção de 6 meses a 3 anos e multa.

Os maus-tratos em geral são vistos no artigo 136 do Código Penal, uma linha específica é abordada também no Estatuto do Idoso em seu artigo 99, expondo ao perigo a integridade do idoso, caracteriza-se crime para qualquer pessoa que praticá-lo, pena de detenção de 2 meses a 1 ano e multa, respondendo pelo resultado mais grave quando ocorrer: lesão corporal grave (reclusão, 1 a 4 anos) ou morte (reclusão 4 a 12 anos).

O artigo 102 envolve uma modalidade específica de apropriação indébita, em que há a propriamente dita ou o desvio de qualquer tipo de rendimento que o idoso tenha para outras finalidades, tal conduta, ainda que o valor venha a ser restituído, não desfigura o crime, pena de reclusão de 1 a 4 anos e multa.

O artigo 103 é um dispositivo de proteção ao idoso em seu direito de escolha de quem administrará seus bens, não permitindo que a entidade de atendimento onde será abrigado negue seu acolhimento ou permanência em razão do mesmo não ter outorgado procuração em nome dela, a transferência de poderes inerentes à sua autonomia de vontade não pode ser condição para aceitação, pena de detenção de 6 meses a 1 ano e multa.

Já o crime abordado no artigo 105, trata de ferir a honra do idoso, por meio de vazamento de dados ou fotos comprometedoras em qualquer meio de comunicação, sendo crime formal, configura o delito independentemente do resultado, pena de detenção de 1 a 3 anos e multa. O artigo 106 prevê situação do idoso sem discernimento, aproveitando-se disso, o agente o induz para que possa administrar e dispor do seu patrimônio, causando efetivo dano em seus bens, o simples induzimento configura crime, pena de reclusão de 2 a 4 anos.

O artigo 107 prevê conduta ainda mais grave que a anterior, nesta o agente impede o idoso de se autodeterminar, trata de coação, ou seja, forçá-lo, com ou sem discernimento, a abdicar a disposição de seus bens sem sua vontade, crime caracterizado apenas pela forma dolosa com pena de reclusão de 2 a 5 anos.

4.2 Asilo é uma Solução?

Antigas gerações se estabeleciam num laço afetivo muito próximo, viviam em espaços consolidados mesmo com maior número de pessoas comparado às famílias atuais. Com o processo social em constante mudança, visualiza-se hoje, a predominância de aspectos individuais, pessoas indo em busca de trabalho e competindo entre si para qualquer vaga que queira seguir carreira, portanto, essa perspectiva reflete também na família, em que os filhos acabam saindo de casa mais cedo que o comum, o número de membros diminuiu em razão da maior dificuldade em estabelecer uma relação estável na maneira que a quantidade de pessoas aumenta, sendo assim, se vê pais e outros parentes numa situação de velhice solitária.

Com isso, há de se imaginar um asilo, ou instituição de longa permanência, como uma alternativa para combater a solidão e ao mesmo tempo prevenir doenças por falta de cuidados. No entanto, há diversas críticas pela sociedade sobre lugares assim, com apontamentos de que isso seria semelhante a abandonar, conseqüentemente, uma crueldade com um membro da família, mas na realidade, o certo seria dizer que não é o ideal, pois a pessoa, independentemente da idade, fica melhor em casa, mas a alternativa é necessária. Assim, é sensato afirmar que:

Em determinadas situações ou períodos, a capacidade da família para o cuidado pode estar comprometida ou fragilizada e, nestas condições, o idoso pode constituir-se num entrave à autonomia dos familiares, seja pelas demandas do cotidiano, que não lhes possibilita conciliar cuidado e atividades de trabalho e do lar, ou pela impossibilidade de dentre os familiares encontrar um ou mais membros que se disponibilizem e se responsabilizem pelo cuidado do idoso. A institucionalização, então, é uma das soluções encontradas para o problema (LEITE, 2007).

A Instituições de Longa Permanência (ILPI) é considerada uma modalidade de serviço que oferece condições para pessoas com 60 anos ou mais, que na família não teria, sendo, praticamente, um abrigo para idosos que tiveram os vínculos familiares corrompidos ou em situações de negligência e abuso. Portanto, é preconceito pensar nos asilos como meio cruel para os idosos, cruel seria mantê-los em casa num ambiente tóxico que apenas iriam deixá-los em uma situação de regresso, o que se pode falar é em serviços bons e ruins, de acordo com técnicos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

Para Oliveira, Souza & Freitas (2006):

Alguns fatores para a adequação de uma boa qualidade de vida e bem-estar do idoso estão relacionados com a moradia e a família. É no seio da família que podemos participar de um ambiente onde há possibilidade de identificação, pela construção de nossa individualidade em companheirismo, respeito e dignidade. Outro fator importante do lar é a alimentação equilibrada e saudável, pois ao oferecer este tipo de suporte diário; o lazer e a cultura se tornam mais fáceis para a sua inclusão social e mesmo, melhorando sua concentração- que no processo do envelhecimento pode diminuir.

No fim, o que importa é a qualidade de vida dessa população, garantindo um ambiente saudável e seguro, se para tal finalidade seja necessário um local diverso da família, da casa em que habita, não há problema. A problemática surgiria se o idoso permanecesse em convivência perigosa, rodeada de abusos e violência ou se as mencionadas instituições não prestassem um serviço de qualidade.

5 EFETIVAÇÃO DAS NORMAS PENAIS NO ESTATUTO DO IDOSO

5.1 Problemáticas na Aplicação da Lei Penal

A sociedade e o ordenamento jurídico são pilares que precisam estar alinhados e bem posicionados para o bom funcionamento do dia a dia, o desenvolvimento do respeito, da dignidade e da cidadania. Porém, ambos possuem falhas, conseqüentemente, constante presença de discriminação e violência em todos os lugares.

A falha social é um costume que se predominou, há o crescimento populacional de idosos no mundo e o desenvolvimento de uma geração egocêntrica, fatores estes que são a principal causa de a "velhice" estar adoecendo as pessoas conforme a idade. Por isso, primeiramente, o alcance familiar é o mais importante, os filhos são a força psicológica que sustentam a saúde de seus pais mais velhos, portanto, o descaso e falta de cuidados são geradores de maiores problemas na vida dessa pessoa. Outra situação, já citada, é da sociedade em geral, que em grande parte ainda se baseiam em desrespeitar e aproveitar dos idosos, principalmente em situações de dificuldade.

Outro ponto, é de campo jurídico, delimitando mais a aspectos penais, pois esses são aqueles que refletem na consciência dos indivíduos, a sociedade está presa na visão do que se pode ou não fazer, ou seja, a aplicação de penas ou, melhor, conseqüências para o descumprimento das normas é fundamental para conscientizar todos ao mal que podem fazer a um certo grupo de pessoas.

Nessa ideia, ainda se vê discordâncias na lei para assumir um papel definitivo e rígido. Um exemplo é a situação de *ipsis litteris* entre o artigo 136 do CP e o artigo 99 do Estatuto, ou seja, possuem praticamente o mesmo texto e tratam as penas de formas iguais, com máxima de 4 a 12 anos para maus tratos com resultado a morte, sendo assim, aponta-se como falha legislativa, pois mesmo na falta do Estatuto, o Código Penal assumiria seu papel com o idoso.

Pior que a existência do mesmo texto, é a divergência de penas. Outro exemplo é entre o artigo 171 do CP e o artigo 102 do Estatuto, abordam a tutela do mesmo bem jurídico, o patrimônio. Tratando em volta do crime de estelionato, até 2015, o Código Penal previa pena máxima de 5 anos, enquanto Estatuto do Idoso, pena de 4 anos, considerando mais uma ineficácia por parte da legislação que deveria amparar os idosos. Já foi visto que a base de uma pessoa acima de 60 anos no âmbito penal é causa de agravante de pena, nesse intuito, em dezembro de 2015, o CP elaborou seu parágrafo 4º no mesmo artigo, estabelecendo o dobro da pena.

5.2 Reflexos Judiciais e a Preocupação Processual

Diante da complexidade do alcance que as leis podem garantir os direitos dos idosos, é possível ver a preocupação dos tribunais em atender e seguir o máximo as normas dessa finalidade, como exemplo essas duas jurisprudências:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTATUTO DO IDOSO - Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas quando obrigado por lei ou mandado (artigo 98 da Lei nº 10.741/03) Materialidade e autoria comprovadas. Prova segura. Depoimentos das testemunhas em harmonia com o conjunto probatório. Negativa da ré isolada – Condenação Mantida – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-SP - APR: 00093457820188260577 SP 0009345-78.2018.8.26.0577, Relator: Fátima Gomes, Data de Julgamento: 26/05/2020, 9ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 26/05/2020)

APELAÇÕES CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ABANDONO MATERIAL (ART. 244, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIMECAPUT DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA CONTRA IDOSO (ART. 102, da Lei CAPUT 10.741/03). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 1. RECURSO DA ACUSAÇÃO SUSCITANDO CONDENAÇÃO AO CRIME DE APROPRIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO

MANTIDA. 2. RECURSO DA DEFESA OBJETIVANDO ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE ABANDONO MATERIAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS EM HARMONIA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA ESCORREITA. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJPR - 3ª C.Criminal - 0001460-02.2016.8.16.0176 - Wenceslau Braz - Rel.: Desembargador Eugênio Achille Grandinetti - J. 21.02.2019)

(TJ-PR - APL: 00014600220168160176 PR 0001460-02.2016.8.16.0176 (Acórdão), Relator: Desembargador Eugênio Achille Grandinetti, Data de Julgamento: 21/02/2019, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/02/2019)

Apesar do direito material ter falhas nos seus textos, o direito processual ao menos, tenta suprir essas lacunas oferecendo um julgamento mais amplo e à favor do idoso prejudicado de alguma forma pela família ou sociedade, sendo assim, as maiores dificuldades estariam na manifestação dessa vontade, pois denúncias desse tipo acabam sendo omitidas por quem sofre em razão das circunstâncias desfavoráveis a ele, como cenários realmente abusivos ou fora de seu discernimento, dependendo de terceiros (testemunhas do fato) para acionar o Estado.

6 METODOLOGIA DE PESQUISA

Vale salientar que o trabalho se baseia no método hipotético-dedutivo, a fim de levantar o fato e discutir suas problemáticas através da observação e análise das pesquisas sobre o tema. Sendo assim, a utilização de sites jurídicos, jurisprudências e leis se tornou imprescindível.

Primeiramente, quando se fala em idoso, vê-se a necessidade de buscar seu conceito nos mais variados contextos para unificar uma ideia geral sobre o significado, ou seja, o termo em ramos sociais, técnicos e jurídicos. Sendo sua figura um instrumento principal do trabalho, também temos o aspecto penal inserido nesse meio, como forma caracterizadora da análise dos cenários que os cercam.

Dessa maneira, visa assuntos como abandono, eficácia de leis regulamentadoras (direitos ou defesa desses direitos, ou seja, com o implemento de penas a quem desrespeita os idosos, sendo agindo ou se omitindo de algo que os prejudicam) e também a forma como a sociedade e o Estado aborda sobre o assunto tratado, elencando concepções positivas e negativas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O envelhecimento é uma etapa da vida e, como as outras, deve ser preservada. Em visão geral, é a fase mais vulnerável de uma pessoa, com tal reconhecimento é necessário reduzir a desigualdade social e a violência estrutural que rodeia o idoso, apenas assim poderá viver de forma plena o tempo que ainda lhe resta.

Visivelmente, é um longo caminho a ser percorrido, mas muito se lutou para alcançar o patamar que hoje existe, com Estatuto próprio e leis contendo direitos e deveres, estes por parte da sociedade, que é rodeada por princípios fundamentais (igualdade, dignidade, liberdade, vida etc.), no entanto, ainda ineficazes em alguns pontos, o que não garante totalmente a segurança apresentada pelo Estado aos idosos.

A ineficácia abordada é refletida tanto em aspecto familiar e social, quanto jurídicos. A família, em seu dever de afetividade e atenção aos cuidados, peca ao desenvolver um ambiente violento e prejudicial ao idoso, inclusive na falta de condições, em todos os sentidos, de garantir segurança e saúde, por isso que, muitas das vezes, vê-se as instituições de longa permanência (asilos) como uma alternativa válida promover o bem-estar da pessoa.

Já a sociedade, com o papel comunitário de respeitar as preferências dedicadas aos idosos e denunciar quaisquer tipos de injustiças sobre eles, falha ao ainda demonstrar discriminação e omissão na vista de maus-tratos ou violência. No descumprimento de ambos, o ordenamento jurídico prevê normas que, na teoria, deveriam ser capazes de suprir o direito atingido do idoso e punir aqueles que o desrespeitam.

Em contradição, os crimes contra a população idosa não são vistos com tanta rigidez, já que os infratores são agraciados com previsões que não se alinham no que diz respeito ao Estatuto do Idoso e o Código Penal, ou seja, há diferença nas penas de ambos os textos, o que ganha o lado em que a pena é mais branda, infelizmente sendo o Estatuto. Além disso, pode haver possibilidade de má interpretação por parte do judiciário e ausência do levantamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), na medida de sua aplicação, principalmente, quando abordados nos Juizados Especiais.

É de extrema dificuldade alterar o contexto familiar, mas é esperado maior efetividade das normas, pois observa-se que o Estatuto não tem o potencial necessário para combater a prática de crimes contra os idosos, dessa forma, agravar as penas e remeter o indivíduo criminoso a um procedimento mais rígido são aspectos que possibilitariam uma melhora no objetivo de diminuir os índices de

violência e maus tratos aos que estão passando pela velhice. Pode parecer superficial, porém, a implementação de campanhas publicitárias focadas no combate a violência e discriminação, inclusive orientações para familiares aderirem medidas mais afetivas, são fatores que incentivam a mudança, conseqüentemente, a melhora do mundo.

8 Referências

ALTONA, Marcelo. **Abandono do idoso: quais as conseqüências**. Disponível em: <http://blog.agingcare.com.br/abandono-do-idoso-quais-as-consequencias>>. Acesso em: setembro de 2020.

CASSOL, Wendrill; SANTOS, Klevelando. **Aspectos penais do Estatuto do Idoso e sua eficácia**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/aspectos-penais-do-estatuto-do-idoso-e-sua-eficacia>>. Acesso em: outubro de 2020.

BARBOSA, José. **O idoso, a crise familiar e as instituições de longa permanência: uma análise sócio crítica**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-102/o-idoso-a-crise-familiar-e-as-instituicoes-de-longa-permanencia-uma-analise-socio-critica>>. Acesso em: outubro de 2020.

CORREA, Lorena; GOULART, Denise. **A proteção jurídica dos idosos no ordenamento jurídico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51664/a-protacao-juridica-dos-idosos-no-ordenamento-brasileiro>> Acesso em: setembro de 2020.

de 2020.

DIWAN, Alberto. **Breves considerações acerca dos aspectos criminais do Estatuto do Idoso**. Disponível em: <<https://albertodiwan.jusbrasil.com.br/artigos/194559195/breves-consideracoes-acerca-dos-aspectos-criminais-do-estatuto-do-idoso>> Acesso em: setembro de 2020.

Equipe Conexão. **Como proceder em casos de abandono de idosos em hospitais**. Disponível em: <<https://conexao.segurosunimed.com.br/como-proceder-em-casos-de-abandono-de-idosos-em-hospitais>>. Acesso em: setembro de 2020.

FREITAS, Marco Polo Dias; MORAES, Edgar Nunes de. **Estrutura da rede de atenção à saúde da pessoa idosa**. In: BORGES, Ana Paula Abreu; COIMBRA, Angela Maria Castilho (Org.). Envelhecimento e saúde da pessoa idosa. Rio de Janeiro: ENSP, FIOCRUZ, 2008. 340 p. p. 191-304. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_594481029.pdf>. Acesso em: outubro de 2020.

Governo do Brasil. **Aumenta número de denúncias de violação aos direitos de idosos durante pandemia**. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/06/aumenta-numero-de-denuncias-de-violacao-aos-direitos-de-idosos-durante-pandemia>>. Acesso em: setembro de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

GRECO, Rogerio. **Curso de Direito Penal**. 7 ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

IBGE. **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. Disponível em: <<https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>>. Acesso em: setembro de 2020.

IBGE. **Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao>>. Acesso em: outubro de 2020.

Jornal da USP. **Em 2030, Brasil terá a quinta população mais idosa do mundo**. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/em-2030-brasil-tera-a-quinta-populacao-mais-idosa-do-mundo>>. Acesso em: setembro de 2020.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>> Acesso em:

outubro de 2020.

NERI, Anita; CACHIONI, Meire; RESENDE, Marineia. (2002). **Atitudes em relação à velhice**. In E. V. Freitas, L. Py, A. L. Néri, F. A. X. Cançado, M. L. Gorzoni & S. M. Rocha (Orgs.), *Tratado de geriatria e gerontologia* (pp.972–980). Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

NITAHARA, Akemi. Notícia: **Brasileiros com 65 anos ou mais são 10,53% da população, diz FGV**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/brasileiros-com-65-anos-ou-mais-sao-10-53-da-populacao-diz-fgv>>. Acesso em: setembro de 2020.

OLIVEIRA, Camila; SOUZA, Carolina; FREITAS, Thalita. **Idosos e Família: asilo ou casa**. Disponível em: <<https://www.psicologia.pt/artigos/textos/A0281.pdf>>. Acesso em: outubro de 2020.

PARAÍBA, Patrícia; SILVA, Maria. **Perfil da violência contra a pessoa idosa**. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232015000200295#B13>. Acesso em: outubro de 2020.

PERLINE, Nara; LEITE, Marinês; FURINI, Ana. **Em busca de uma instituição para a pessoa idosa morar: motivos apontados por familiares**. São Paulo. Revista Enferm. USP, 2007; 41(2): 229-36. Disponível em: < <http://www.ee.usp.br/reeusp/upload/pdf/707.pdf>> Acesso em: outubro de 2020.

Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

Planalto. **Lei nº10.741, de 1º de outubro de 2003.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: setembro de 2020.

Planalto. **Lei nº8.842, de 4 de janeiro de 1994.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm> Acesso em: setembro de 2020.

SOUSA. Ana. **Tutela jurídica do idoso: A assistência e a convivência familiar.** São Paulo: Alínea, 2004, p.179.

PENA-BASE E MÉTODO: ENTRE A ESCOLHA E O DESCOBRIMENTO.

LEONARDO BOFILL VANONI: Juiz de Direito no TJRS, coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura/Ajuris, professor da Escola Superior da Magistratura/Ajuris, da Escola da Magistratura Federal, do Verbo Jurídico e da Fundação do Ministério Público.

RESUMO: O presente ensaio tem por objeto tratar da metodologia na fixação da pena-base, desenvolvendo-se entre o embate da escolha com o descobrimento da resposta correta para cada caso. São identificadas as principais teorias existentes aplicadas pelos tribunais e os problemas de cada uma, desde os seus prólogos silenciosos, passando pela parte histórica e chegando às questões práticas e suas consequências, não exatamente nesta ordem roteirística. A partir desse cenário desenhado, em uma visão integradora e discursiva, apresenta-se um guia para o desenvolvimento da razão prática na tarefa de definir a pena-base, através de critérios qualitativos e quantitativos para a sua dosimetria, com o desiderato de promover a coerência, a igualdade material e a proporcionalidade na individualização da pena, respeitando o sistema trifásico legal.

PALAVRAS-CHAVE: Pena-base. Interpretação. Argumentação. Método. Fracionamento. Discricionariedade. Termo médio. Referenciais.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. Os problemas da incoerência e da metodologia na fixação da pena-base. III. A interpretação do direito e a sua complexidade. IV. A fixação da pena-base: teorias, críticas e seus prólogos silenciosos. V. Método referencial escalonado dúctil. VI. Conclusão.

I. Introdução.

O tema da aplicação da pena privativa de liberdade, que nos moldes atuais já nasceu a partir de uma conhecida disputa teórica³⁷, deixou de ser adolescente e já ultrapassou a juventude há alguns anos, mas ainda mantém a rebeldia e insegurança juvenil em alguns aspectos, sobretudo no que respeita à metodologia da fixação da pena-base. Há alguns problemas relevantes ainda a serem superados. Não que isso seja uma situação singular na aplicação do direito,

37 Resultante do famoso embate entre Roberto Lyra e Nelson Hungria. A partir da macrorreforma de 1984, expressamente o Código Penal passou a adotar o critério trifásico (também conhecido como Hungria, por ser o expoente da proposta) em seu artigo 68.

principalmente quando estamos diante de um *hard case*³⁸. Tampouco que se trate de uma questão nova, de fácil solução ou restrita ao Brasil, pois muita tinta já foi usada sobre o tema e as suas causas hermenêuticas. Agora, não podemos nos furtar de construir a resposta correta.³⁹ Esta é a tarefa do jurista responsável. Se não podemos esperar a concordância dos demais quando debatemos questões jurídicas altamente controversas, até porque o direito não tem partículas, devemos exigir responsabilidade na argumentação. A conclusão, mesmo que seja considerada correta, não pode derivar da sorte de um cara-ou-coroa.⁴⁰

A verdade é que não é incomum nos depararmos com casos em que, mesmo com a avaliação quantitativa e qualitativa semelhante das circunstâncias judiciais em relação aos condenados por um mesmo tipo de crime, são fixadas penas-bases substancialmente diversas, por vezes ocultando o porquê disso. Aliás, não podemos fechar os olhos para situações em que o mesmo intérprete, em dois casos análogos (objetiva e subjetivamente), com a mensuração bastante próxima das circunstâncias judiciais, fixa penas-bases bem diversas. A gravidade extrema se dá quando uma mesma infração penal, com circunstâncias judiciais menos graves, acaba sofrendo uma pena-base mais elevada em relação a outra com circunstâncias mais severas. E aqui não se desconhece toda complexidade objetiva e subjetiva de cada caso e a impossibilidade de se estabelecer uma sintonia perfeita, e por isso a

38 Aqui no sentido de indeterminação ou interpretação (como propõe Hart e, em uma das espécies do gênero, classifica MacCormick), na medida em que vários sentidos são dados à expressão, havendo inclusive os que negam esse recurso linguístico diferenciador entre *easy* e *hard cases*.

39 Sobre a única resposta correta (aspecto tão contestado da tese dworkiniana), Jeremy Waldron, embora os conhecidos embates teóricos travados com Dworkin, foi preciso na homenagem póstuma dirigida ao amigo: "*He had the effrontery to suggest that there were right answers to the legal problems posed in hard cases and that it mattered whether we got the answers right or wrong. This was a view which many disparaged, but it was a view that respected the position of plaintiffs and petitioners as people coming into law to seek vindication of their rights, not just as lobbyists for a quasi-legislative solution. It was a position, too, that respected the obligation of judges never to give up on the sense that the existing law demanded something of them, even in the most difficult disputes. Under the Rule of Law, we don't just settle points of law pragmatically. We proceed, as far as possible, in a way that keeps faith with what is already laid down.*" (WALDRON, Jeremy. Ronald Dworkin: An Appreciation. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 13-39, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276009>. Acesso em: 20/10/2016). Dworkin refinou sua tese em *Justiça para Ouriços*, rechaçando a metaética e unindo a integridade com a responsabilidade moral, o que também se relaciona com as teses da independência e unidade de valor expostas no livro (**Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012). Sobre a melhor resposta correta e a refutação da única resposta correta, ver: ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, vol. 5, p. 139-151, 1988. Neil MacCormick também se coloca na via intermediária entre o ultrarracionalismo da única resposta correta de Dworkin e o irracionalismo realista de Ross (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.345).

40 DWORIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 105-165.

importância do princípio da individualização da pena, agora os descompassos graves são preocupantes e merecem nossa atenção.

Isso se estende às funções essenciais à justiça. Em boa parte dos processos penais, senão na integralidade, acusação e defesa costumam divergir entre si e da decisão proferida pelo juiz acerca da pena-base, algumas vezes por questões meramente ideológicas. Daí surgem alguns rótulos aos julgadores: juízes garantistas ou punitivistas, que nada mais são do que o antônimo ideológico do que uma parte busca no julgador e podem esconder a sua visão sobre o conceito e aplicação do direito (ou ao menos deveria...)

Mas o que realmente gera esse desacordo? As causas, que ocupam boa parte do debate jusfilosófico das últimas décadas, são conhecidas e não têm restrição geográfica, ao menos no Ocidente. A crise que abateu o arquivo de sentidos, afetando a estabilidade do direito, disseminou o ceticismo em diferentes níveis no ambiente jurídico, mas não sem uma onda de resistência. Hart⁴¹, ainda na década de 70 do século passado, batizou as correntes polarizadas como o pesadelo e o nobre sonho⁴². Em suma, seguindo a metáfora de Hart, os sonhadores dirão que os dissensos são meramente aparentes, que o direito é íntegro e que algum intérprete cometeu algum erro, havendo uma única resposta correta a ser localizada⁴³; os atormentados pelos pesadelos afirmarão que para todo caso há uma pluralidade de respostas jurídicas (dentro ou fora da moldura normativa) e que eventual divergência, em virtude da vagueza e ambiguidade do direito, se dá pela utilização de critérios diversos, sem que isso importe em erro do adversário⁴⁴; os moderados falarão que os casos práticos podem ter, em certas situações jurídicas complexas, mais de uma resposta correta⁴⁵ ou a melhor resposta⁴⁶, e em outras, menos complexas, apenas

41 E por tantos outros (como LUQUE, Pau. Los Desacuerdos Jurídicos desde la Filosofía. **DOXA**, vol. 36, p. 439-460, 2013), mas a sua riqueza metafórica e a sua representatividade (por força do célebre embate travado com Dworkin) justifica a escolha.

42 American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Oxford University Press, 1983. Não se pode esquecer que Hart se coloca no centro entre os dois extremos, sendo considerado um realista moderado por alguns (embora o próprio Hart busque desconectar o realismo do positivismo em seu Conceito de Direito).

43 DWORKIN, Ronaldo. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 271-331.

44 Cf. GUASTINI, Riccardo. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Traducción e presentación de Diego Moreno Cruz. Primeira edición. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2010; Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VIII; ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

45 HART, H. L. A. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VII e pós-escrito.

46 ALEXY, Robert. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, vol. 5, p. 139-151, 1988. Também sobre a teoria alexyana, conferir: LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

uma opção adequada. E temos como pano de fundo a teoria do direito, que funciona como prólogo silencioso e direciona seus holofotes ao intérprete e à aplicação do direito.

O cenário legal que dá origem a esse problema interpretativo é essencialmente aquele estabelecido nos artigos 59 e 68 do Código Penal. Ali temos duas informações básicas sobre a pena-base: (i) que esta será fixada atendendo aos critérios do artigo 59; (ii) que devem ser observadas as oito circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 para balizar a fixação da pena-base, atendendo aos princípios da necessidade e da suficiência, com a finalidade de reprovação e a prevenção. Todavia, não há um critério legal objetivo que estabeleça: (i) se todas circunstâncias judiciais têm o mesmo peso (ou até se todas devem ser consideradas em todos os casos); (ii) qual o peso que se deve atribuir a cada circunstância (ou se deve atribuir a cada circunstância um peso), seja para elevar ou diminuir a pena base; (iii) de qual patamar se deve partir para aumentar ou diminuir a pena-base e qual o seu limite máximo. Para resolver essas questões, temos três principais teorias construídas ao longo dos anos: (i) discricionariedade; (ii) termo médio; (iii) fracionamento.

O que se propõe a enfrentar neste ensaio são exatamente os problemas delineados acima, quais sejam: (i) os problemas da incoerência e da metodologia na fixação da pena-base; (ii) as divergências teóricas contemporâneas sobre a interpretação do direito; (iii) as teorias existentes para a fixação da pena-base, suas críticas e o seu prólogo silencioso; (iv) proposição de um método de aplicação da pena-base que busque coerência, proporcionalidade e igualdade material. Talvez seja apenas um nobre sonho, mas são eles que dão um sopro de esperança para um Direito Penal melhor e distante do arbítrio divorciado da argumentação responsável. Vamos embarcar nele então, navegando por estas páginas com o objetivo de que, ao despertar, essa fantasia jurídica possa ser vivida.

II. Os problemas da incoerência e da metodologia na fixação da pena-base.

Por força da corrupção sistêmica impregnada no mais alto escalão da política nacional (e que nos últimos anos vem sendo descortinada e enfrentada em ações penais) associada ao foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm protagonizando, nos últimos anos, um capítulo histórico de midiática atuação na jurisdição penal originária e recursal, exteriorizando uma ruptura entre o poder político e o poder jurídico do Estado, com a afirmação da independência externa deste. Os julgamentos, como o da ação penal 470 (apelidado de "Mensalão") e de alguns processos envolvendo a "Operação Lava Jato", tornaram-se tema de discussão e interesse popular. O povo passou a conhecer os ministros e ter a sua própria

opinião sobre as suas posições. O Direito Penal invadiu as casas e as cortes superiores brasileiras em uma dimensão jamais vista. O debate público se proliferou.

E esse cenário ganha um tamanho ainda maior pela força das redes sociais e das possibilidades criadas por estas ferramentas. Acrescente-se a isso a crise da segurança e da economia, o aumento da violência e os conflitos ideológicos travados em um ambiente de disputa política acirrada, em que o tema do Direito Penal invariavelmente ganha espaço e sofre ponderações de todos os lados. O auge deste fenômeno certamente foi o processo envolvendo o ex-presidente Lula. Provavelmente se trate do processo judicial com maior repercussão social e política da história deste país. Trata-se do primeiro presidente pós-redemocratização que foi preso, o que fala por si só e explica o interesse nas transmissões televisivas da sua condução coercitiva, do seu interrogatório, da sua prisão, dos seus julgamentos...

Nesse contexto nós temos um tema de fundo importante e que de certa forma passa despercebido, que é a aplicação da pena. Muito se discute sobre condenação e absolvição e as provas para tanto, mas pouco sobre a pena fixada e a sua metodologia de aplicação. E essa constatação não fica reservada à imprensa ou às redes sociais, ela se estende ao ambiente jurídico, o que é mais relevante. É possível se afirmar que até mesmo em processos penais há certa falta de atenção com a questão, seja na questão da produção da prova ou nas manifestações dos sujeitos processuais. Não por acaso desenvolvemos, assim como outros tantos países do Ocidente, uma cultura de apenamento elevadamente discricionário com deficit de fundamentação, o que dá margem a sanções incoerentes e anti-isonômicas. A metodologia da aplicação da pena ficou relegada à condição de figurante na sentença penal, que só chama atenção do público e dos críticos depois de uma grande façanha ou tragédia, dependendo do lado em que se está. Não são muitos que se preocupam em examinar o porquê. É a moeda jogada ao alto⁴⁷.

No âmbito do Superior Tribunal da Justiça, órgão judicial que tem, entre outras, competência para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional e, portanto, do art. 59 do Código Penal, desenvolveu-se e sedimentou-se há bastante tempo a tese da discricionariedade vinculada na aplicação da pena-base. Segundo ela, a definição do *quantum* de aumento ou diminuição fica submetida ao prudente arbítrio do juiz, obedecido ao dever de fundamentação, ao dever de proporcionalidade e aos limites legais do tipo

47 Aqui cabe reproduzir uma passagem contata com bom humor pelo Ministro Barroso na palestra Casos Difíceis e Criação Judicial do Direito. Diz ele que um juiz norte-americano decidia casos através do cara-ou-coroa. Foi descoberta sua prática pelo seu órgão de correição. Passou a não mais adotar esse "método", por ordem do órgão. Contudo, as decisões pioraram. Então teriam solicitado que voltasse a utilizar o cara-ou-coroa.

secundário⁴⁸. Com o intuito de estabelecer algum parâmetro objetivo, principalmente para o controle recursal, o Superior Tribunal de Justiça, com divergências internas⁴⁹, vem desenvolvendo mais recentemente⁵⁰, como *standard* para a elevação ou diminuição da pena-base por circunstância judicial, o critério quantitativo referencial fracionário do 1/6, o mesmo utilizado para as circunstâncias legais.⁵¹ Este deve ser o teto ou piso, dependendo da avaliação quantitativa (negativa ou positiva, respectivamente), salvo se presente situação concreta que justifique ter sido extrapolado o suporte fático inerente da circunstância. Nesse particular, ressalto, o STJ já admitiu a fixação da pena-base no máximo legal por força de apenas uma circunstância judicial valorada negativamente.⁵² O que vem propondo recentemente com mais sintonia o Superior Tribunal de Justiça a nível interpretativo, em suma, é que aconteça uma avaliação qualitativa de cada circunstâncias judicial, havendo um padrão referencial para o exame quantitativo individual, que pode ser derrotado mediante situação excepcional fundamentada, cabendo a sua revisão pela Corte Superior apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia.⁵³

48 Por exemplo: STJ, HC 502.342/SC, Sexta Turma, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 03.06.19.

49 Dos dez ministros que compõem a Terceira Seção do STJ, a qual detém competência criminal, três não adotam o critério do fracionamento, mas da discricionariedade: Laurita Vaz, Felix Fischer e Sebastião Reis Junior. Julgados que demonstram isso: AgRg no AREsp 1476032 / PR, rel. Min. Laurita Vaz, publicação em 05/05/20; HC 578638, rel. Min. Felix Fischer, publicação em 11/05/2020; HC 590943, rel. Min. Sebastião Reis Junior, publicação em 29/06/2020.

50 Seis dos dez ministros que compõem a Terceira Seção, que possui competência criminal, adotam o critério do fracionamento do 1/6: Nefi Cordeiro, Jorge Mussi, Rogério Schietti Cruz, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Antônio Saldanha Palheiro e Joel Ilan Paciornik. Decisões que evidenciam o posicionamento dos ministros: HS 571983, rel. Min. Nefi Cordeiro, publicada em 28/04/2020; AgRg no REsp 1853702 / RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 23/06/2020; AgRg no HC 564324, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 29/05/2020; AgRg no AREsp 1408536, rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 03/04/2019; AgRg no AREsp 1593027, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 04/05/2020; AgRg no AREsp 1377917, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 17/03/2020. Já o Ministro Ribeiro Dantas vem aplicando o critério da fração ideal de 1/8: HC 518900 / MS, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/06/2020; HC 423221 / SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 26/06/2020.

51 A jurisprudência das cortes superiores, seguindo construção doutrinária (Nucci e Boschi, entre outros), consolidou o entendimento de que, em condições normais, o agravamento ou atenuação da pena por uma circunstância legal deve se dar no patamar de 1/6, podendo variar em intensidade dependendo da excepcionalidade da circunstância (por exemplo, um réu específica e pluralmente reincidente, caso em que jurisprudência já admitiu a adoção da fração de 1/5 para agravar a pena em razão da circunstância legal da reincidência). A regra da segunda fase equivale a um sexto (1/6) da pena-base, que corresponde ao menor montante fixado para as causas da terceira fase, evitando a equiparação daquelas a estas, pois as últimas apresentam maior intensidade que aquelas, situando-se só um pouco abaixo das qualificadoras.

52 STJ, AgRg no REsp n. 143.071/AM, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6/5/2015.

53 STJ, HC 386.992/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 19/05/2017.

Em termos de metodologia, temos um avanço jurisprudencial contra o arbítrio desmedido e em prol da coerência, luta iniciada já em 1940 pela doutrina e continuada pelos reformistas de 1984. Mas nem sempre foi esse o entendimento da Corte Superior no processo intertemporal significativo, havendo ainda alguns dissensos internos sobre esses contornos metodológicos. As heranças estáticas e excessivamente flexíveis dos Códigos de 1890 e 1940, respectivamente, ainda resistem e se fazem presentes no cotidiano judicial, que revive o passado e balança em unificar o presente. A muda plantada pelo Superior Tribunal de Justiça não se ramificou integralmente. Mesmo a sua raiz apresenta fragilidade onde a cultivaram, o que repercute no controle e, por consequência, no seu desenvolvimento vertical.

Em uma breve análise da jurisprudência dos tribunais do país já é possível se identificar esse quadro rabiscado. E isso ocorre em vários espaços e sob perspectivas diversas, sendo compreensível a partir de uma metodologia ainda instável aliada a um dever de fundamentação nem sempre observado, que tem como duros adversários o elevadíssimo número de processos e a exigência de celeridade. A propósito, é paradoxal que a teoria do direito e, conseqüentemente, os ordenamentos jurídicos caminhem há longos anos, corretamente, para um ambiente de complexidade e exigência com o dever de fundamentação para a construção do sentido das normas (mais recentemente o artigo 489, §§ 1º e 2º, do CPC, e o artigo 315, §2º, do CPP, explicitando o art. 93, IX, da CF/88), enquanto o número de juízes não cresce na mesma medida do número de processos e de profissionais nas funções essenciais à justiça, conforme estabelecido pela Constituição Federal alguns incisos após o dever de fundamentação (art. 93, inc. XIII, da CF/88). É uma equação com estrutura preocupante, inclusive no sentido do cumprimento dos mandamentos constitucionais: cada processo vai exigir corretamente fundamentação mais rigorosa e, logo, mais tempo do julgador, mas o número de processos aumentará em escala substancialmente superior à quantidade de juízes. Estão envolvidos no problema três pontos interdependentes da jurisdição que precisam ser equalizados como uma sinfonia: qualidade (art. 93, IX, da CF/88), celeridade (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88) e capacidade (art. 93, inc. XIII, da CF/88). Pelo desconcerto atual, não por acaso o assunto dos juízes robôs ganhou espaço no mundo e no Brasil, mas ao mesmo tempo vem causando bastante preocupação entre os juristas por motivos nobres. Isso, no entanto, não pode autorizar incongruências ou argumentação deficiente, porque é a fundamentação que legitima a atuação do magistrado⁵⁴ e confere segurança jurídica ao sistema, funcionando, também, como um freio a decisões teratológicas. Agora, é um grave problema impregnado já há algumas décadas pela judicialização massiva

54 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 01/05/18.

e precisa ser enfrentado, mas é um assunto para outro momento, para que não seja alterada a rota e prolongado demasiadamente o percurso.

Vejamos, então, alguns casos que exemplificam a problemática levantada, selecionados em julgamentos dos Tribunais de Justiça de São Paulo, Distrito Federal e Territórios e Rio Grande do Sul.

Inicialmente recortamos aleatoriamente alguns acórdãos de furtos qualificados pelo concurso de agentes e rompimento de obstáculo com circunstâncias semelhantes.⁵⁵ Analisamos o *quantum* de aumento que foi atribuído a cada circunstância negativa, principalmente por eventuais maus antecedentes e pela qualificadora utilizada como circunstância judicial. O resultado não surpreende. Observamos variações consideráveis em casos parecidos, principalmente externamente entre os tribunais. A utilização de uma qualificadora como circunstância judicial teve uma alternância negativa na pena-base de quatro meses a um ano (diferença de 200% entre os patamares máximo e mínimo), passando por seis e nove meses. Há casos em que uma qualificadora utilizada como circunstância judicial, unida à circunstância dos maus antecedentes negativada, importa em um aumento da pena-base de quatro e oito meses, isto é, bem inferior a casos em que só a qualificadora é considerada em desfavor do condenado.

Os métodos (ou ausência deles) ou parâmetros de limites utilizados foram diversos, o que acaba gerando esse contraste, assim como ocorre nos próximos *cases*. Foi utilizada a discricionariedade vinculada (mas na maioria das vezes sem o *standard* objetivo proposto pelo STJ), essencialmente pelo TJRS, que acaba fugindo de um padrão objetivo e traz uma variação mais constante, contudo com a capacidade dosar proporcionalmente situações diversas. No entanto, tal interpretação exige um ônus argumentativo mais sofisticado para justificar a quantidade de aumento ou diminuição, além de ter a coerência como um grande desafio. Também foi empregado o fracionamento estático (mas de forma rígida e praticamente sem exceções ao paradigma), porém de forma diferente, utilizando-se ora fração 1/8 e ora 1/6 para cada circunstância, isso principalmente no TJDF e TJSP,

55 Apelação-Crime n.º 70081203762, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em: 29-05-2019; Apelação-Crime n.º 70080869704, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, rel. Des. Isabel de Borba Lucas, Julgado em: 29-05-2019; Apelação-Crime n.º 1500021-29.2019.8.26.0585, Sétima Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. Eduardo Abdala, julgado em 20-06-13; Apelação-Crime n.º 1500400-37.2019.8.26.0595, Décima Quinta Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. Gilberto Ferreira da Cruz, julgado em 24-03-20; Apelação-Crime n.º 0005793-17.2015.8.07.0003, Primeira Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Maria Machado, julgado em 20-02-20; Apelação-Crime n.º 00012996720198070004, Segunda Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, julgado em 13-02-20.

o que estabelece um modelo objetivo e estabilidade, porém sem competência para diferenciar e acompanhar os quadros desiguais de cada caso na sua exata medida.

Na sequência, elegemos julgados envolvendo roubos.⁵⁶ Pesquisamos a elevação da pena-base pela circunstância judicial dos maus antecedentes, inclusive em hipóteses de plurais e específicos maus antecedentes. A instabilidade da balança e de métodos continua. A dose de aumento se diversificou entre 1 ano e 6 meses (diferença de 100%). Todavia, em alguns casos tivemos condenados com plurais e específicos maus antecedentes, em que o aumento mais rígido se justifica, como naquela situação em que a circunstância foi valorada negativamente em um ano. Por outro lado, há situações em que uma condenação não específica (e não necessariamente mais grave) é valorada negativamente em 9 meses, enquanto plurais são mensuradas em 6 meses. Há casos, também, em que um mau antecedente e diversos são avaliados na mesma proporção. E aí residem sérios problemas de incoerência e desigualdade, que encontram amparo na alternância de interpretação, entre a discricionariedade e fracionamento estático, este com o emprego de frações de 1/8 ou 1/6, observando a mesma correlação com os tribunais acima identificada

Prosseguindo na atividade de investigador de paradoxos da pena-base, que tem como objetivo somente a macroanálise crítica do problema pesquisado, selecionamos outra pauta: tráfico de drogas e a elevação da pena-base pela quantidade e/ou natureza da droga⁵⁷, principalmente pela maior elasticidade entre

56 Apelação Criminal, Nº 70083315408, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em: 04-03-2020; Apelação Criminal, Nº 70083353185, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-01-2020; Apelação Criminal, Nº 70083507558, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 12-02-2020; Apelação-Crime n.º 0012153-03.2017.8.07.0001, Terceira Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Nilson de Freitas Custódio, julgado em 12-03-20. Apelação-Crime n.º 1501943-40.2019.8.26.0542, Nona Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. Sérgio Coleho, julgado em 27-03-20; Apelação-Crime n.º 1520877-18.2019.8.26.0228, Décima Sexta Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. Newton Neves, julgado em 11-11-2015.

57 Apelação Criminal Nº 70083408062, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 12-03-2020; Apelação Criminal Nº 70083337915, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em: 19-02-2020; Apelação Criminal, Nº 70083605568, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em: 12-03-2020; Apelação-Crime n.º 1500060-72.2019.8.26.0408, Sexta Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, julgado em 14-06-13; Apelação-Crime n.º 1501192-76.2019.8.26.0599, Terceira Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de SP, rel. Des. Xisto Albarelli Rangel Neto, julgado em 21-06-18; Apelação-Crime n.º 0005098-64.2018.8.07.0001, Primeira Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Carlos Pires Soares Neto, julgado em 26-03-20; Apelação-Crime n.º 0005098-64.2018.8.07.0001, Primeira Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Carlos Pires Soares Neto, julgado em 26-03-20; Apelação-Crime n.º 0002850-28.2018.8.07.0001, Segunda Turma Criminal, Tribunal de Justiça do DFT, rel. Des. Jair Soares, julgado em 23-01-20.

a pena mínima e máxima, o que traz maior repercussão pela diferença de métodos utilizada. Não foi diferente a constatação de pesos incoerentes e desiguais. A progressão da pena se deu entre 6 meses e 1 ano e 8 meses (333,333...%), passando por 6 meses, 8 meses e 1 ano e 3 meses. Algumas ocorrências identificadas representam bem os distúrbios da aplicação da pena-base. Veja-se que, para uma quantidade de 220kg de maconha, a pena-base foi elevada em 1 ano, enquanto que, para 37 frascos de lança-perfume, em 1 ano e 8 meses, variando de forma inversamente proporcional à gravidade. Em outros julgados, a apreensão de drogas e armas (aumento em 6 meses) ou de drogas de diversas espécies de drogas (acréscimo em 8 meses) recebeu um juízo de reprovação menor do que a apreensão de uma espécie de drogas em quantidade não muito grande (1 ano e 8 meses e 1 ano e 3 meses). E isso se deu, como nos cenários acima, precipuamente pela diferença de interpretação: a discricionariedade importou acréscimo inferior ao fracionamento estático, enquanto dependendo da espécie deste (1/6 ou 1/8) a pena se expandiu mais ou menos.

O impacto causal dessa breve investigação evidencia, ao meu ver, a disfunção sistêmica na fixação da pena-base, que tem como vilã protagonista a interpretação plural aplicada, propagando incoerências e desigualdades. No cume da estrutura, o controle e a luta pela integridade se mostram ainda em processo de sedimentação e frutificação, atuando timidamente no momento recursal apenas em situações de flagrante ilegalidade ou teratologia. Um mesmo réu ou diversos, praticando três crimes semelhantes em três estados ou no mesmo estado da Federação, poderão receber penas-bases substancialmente diversas, o que repercutirá decisivamente na pena definitiva. Réus que cometeram o mesmo delito, mas com circunstâncias diversas, poderão sofrer penas-bases opostamente equivalentes à gravidade. Se internamente isso já reverbera grande preocupação, o que se dirá dos reflexos externos... Como os réus, leigos, entenderão isso? Como um advogado explicará isso aos seus clientes? Como um Promotor justificará isso para a sociedade e vítimas? Como explicar isso aos observadores?

Em uma análise inicial, concretamente é possível compreender o transtorno que sofre a integridade do direito neste particular, que tem na sua raiz, fonte de vida aos frutos metodológicos, as plurais interpretações que o *hard case* da fixação da pena-base sofre. Não surpreende que Dworkin tenha afirmado que toda decisão tem como prólogo silencioso a teoria do direito e tanto se preocupou com a integridade deste naquelas.⁵⁸ E ao que toca à interpretação passaremos a enfrentar as vertentes e a complexidade do tema, com respeito ao espaço que lhe cabe neste ensaio, obviamente insuficiente para a abordagem merecida. De toda forma, é preciso sair das profundezas, mesmo que de forma fugaz, antes de começar a nadar

58 **O Império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 90.

rumo a algum destino, sob pena de se perder na rota. O direito não se vê só pela superfície. Quem o vê assim, e infelizmente não são poucos, desconhece a sua raiz complexa e o longo trajeto existente para a emersão dos seus sentidos.

III. A interpretação do direito e a sua complexidade.

A aplicação do direito passou por uma revolução profunda no modelo *Civil Law*, no qual está enraizada a genética eurocêntrica do direito pátrio. O juiz, no Século XIX, não era o centro das atenções da teoria do direito, que estava voltada para o legislador racional e o fruto do seu trabalho, em um determinismo metodológico. O trabalho do juiz, para o formalismo juspositivista, a grosso modo era (ou parecia ser), ao ser provocado, conhecer os fatos, identificar a fonte formal, descobrir o sentido dado pelo legislador no texto da lei e, através de um processo dedutivo de subsunção dos fatos à norma, aplicar o direito revelado ao caso concreto, sem se preocupar com as consequências ou conteúdo da decisão. A norma era um lugar em que se podiam encontrar respostas seguras sobre as relações sociais e condutas no cognitivismo formalista. A referência à norma criada pelo legislador, sem a necessidade de fundamentação elaborada, era um argumento suficiente e adequado na aplicação do direito, já que o Juiz era a "*la bouche de la loi*" e ao legislador, que detinha uma pressuposta racionalidade infalível, é quem incumbia a construção do direito. A tarefa do Juiz na aplicação do direito não era vista como complexa e se valorizava uma segurança jurídica crédula contra o voluntarismo judicial, que era visto como um adversário importante aos objetivos políticos desde o período pós-revolucionário francês. Talvez por isso a aplicação do direito não despertasse tanta preocupação (ou quiçá essa fosse a imagem passada para ocultar a ideia de criação judicial do direito), embora essa constatação não tenha passado incólume por críticas e resistências antiformalistas já no próprio Século XIX (escolas da jurisprudência dos interesses, realistas e do direito livre).

Na primeira parte Século XX, temos o período do ápice do positivismo analítico no modelo *Civil Law*, que temperou a separação extremista entre os Poderes e a visão do juiz como mero boca da lei, a despeito de ter se devotado ainda mais ao direito como norma, no que encontrou um contraponto importante das escolas realistas norte-americana e escandinava, apesar de que no ambiente da aplicação houvesse encontros. A identificação dos limites da linguagem e o ceticismo em relação à verdade tornaram-se um sério problema, afetando a tão exaltada segurança jurídica formalista. Embora o positivismo dos dois primeiros terços do século passado não tenha dado a devida atenção à decisão judicial e à argumentação jurídica, o que inclusive foi posteriormente admitido por Hart em seu pós-escrito no seu Conceito de Direito, via a aplicação do direito como um ato político de vontade dentro da

moldura fornecida pelo legislador⁵⁹ e permitia a discricionariedade nos casos de lacuna, chamado de poder intersticial por Hart.⁶⁰ Inegavelmente houve avanço em relação à atuação judicial e a visão da separação das funções entre os órgãos, no que o constitucionalismo teve contribuição inestimável. A própria visão piramidal do sistema jurídico e a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado representam uma ruptura com o passado e o prenúncio de um futuro de um Judiciário protagonista, o que viria a se concretizar após uma das maiores tragédias da história, que teve o positivismo apontado como seu vilão jurídico, embora para outra linha tenha sido uma forte resistência ao Nazismo e aos seus atos contra a humanidade.⁶¹

De toda forma, em parte desse período de uma sociedade menos complexa e de conflitos essencialmente interindividuais, a teoria do direito, sob a influência herdada do Século XIX, colocava três problemas centrais a serem enfrentados pelo jurista, que representavam a tensão, já mais sensível e próxima, entre a tomada de decisão e o trabalho do legislador: identificação das fontes, sua interpretação e sua aplicação, aos quais eram apresentados modelos dogmáticos capazes de elaborar conceitos, classificações e distinções que forneciam ferramentas adequadas para a solução. As teorias das fontes (e os conceitos de validade, vigência e revogação), das antinomias (e seus metacritérios) e das lacunas (e as possibilidades de integração) respondiam ao problema da identificação; a teoria da interpretação, com suas clássicas técnicas desenvolvidas ao longo do Século XIX (gramatical, lógica, sistemática, história e teleológica – que não tinham um metacritério de organização da utilização), fornecia material para a questão hermenêutica. Por fim, a técnica da

59 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VIII.

60 **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VII e pós-escrito.

61 Aqui muitos contestam essa afirmação, já que positivistas, como Kelsen, foram opositores ao regime ditatorial, em defesa da democracia e das instituições. É inevitável lembrar o debate entre Kelsen e Schmitt sobre quem seria o guardião da constituição. Enquanto Schmitt defendia que o presidente do *Reich* deveria exercer o papel, Kelsen destacava a importância de o Tribunal Constitucional exercer essa função (o que foi adotado na Constituição austríaca de 1920, quando Kelsen, inclusive, foi um dos membros do Tribunal Constitucional). Trata-se de uma disputa que envolve diferentes concepções de constituição, jurídica e política. A grande verdade é que essa disputa teórica chegou ao Tribunal Estado em 1932, que se negou a desenhar os limites de atuação do presidente e do chanceler, dando vitória a Schmitt. E o resto da história todos sabem, com Hitler sendo nomeado Chanceler no ano seguinte e, após, com a morte do presidente, ter concentrado os poderes do presidente e instaurado uma sanguinária e perversa ditadura. Após a Segunda Guerra, Kelsen acabou revertendo a derrota e tendo sua tese adotada pela maioria dos países democráticos. Além disso, o que se vê é que, se muitos dos princípios positivos da Constituição de Weimar fossem aplicados, diversas atrocidades teriam sido evitadas. E nesse ponto reside uma crítica contundente à atuação judicial alemã na época e ao mito do positivismo como vilão jurídico, que pode ser deslocada à concepção política de constituição.

subsunção e a sua lógica formal, compreendida na cisão com a predecessora interpretação, era a forma da aplicação da norma.⁶² Isso tudo se conecta com uma índole retrospectiva do direito no modelo *Civil Law*.

O período pós-guerra, a filosofia do direito pós-positivista e uma nova metodologia alteraram, lentamente (aos menos no Brasil), os rumos do direito, principalmente no sistema *Civil Law*.⁶³ O refúgio de sentidos seguros propiciado pelas normas, estabelecido pelo objetivismo constitutivo já abalado, foi definitivamente lesado por um ceticismo não-cognitivista, estabelecendo-se uma grave crise de sentidos, de modo a se propor a substituição do certo e errado pela noção de mais ou menos razoável argumentativamente, o que desnordeou o papel de estabilizador de sentidos do direito, com seu saber destacado de respostas⁶⁴. O foco deslocou-se do legislador para os juízes e a decisão judicial⁶⁵, tornando-se (ou demonstrando-se) a tarefa de aplicação do direito substancialmente mais complexa, na medida em que se desmembrou texto (enunciado) e norma (sentido) e se colocou o juiz, não mais neutro ou inconsciente diante do direito escritural, como um dos atores do processo de construção do sentido das normas - e o próprio direito como um processo de construção de decisões -, o que justifica a preocupação contemporânea com a argumentação jurídica, principalmente a partir da década de 50 (com seu auge no final da década de 70 do século passado), que provocou, com seus precursores, a rejeição da lógica formal dedutiva a partir de teorias retóricas

62 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A Superação do Direito como Norma: Uma Revisão Descolonial do Direito Brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020, p. 187

63 BARROSO, Luis Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 01/09/2006.

64 FERRAZ JUNIOR, op. cit., p. 187

65 O estudo das normas e das leis foi substituído, como questão central da teoria geral do direito, pelo estudo da decisão judicial. Sintoma disso é que nos dois primeiros terços do século passado há o positivismo normativista de Hans Kelsen (que na versão original da Teoria Pura do Direito – publicada em 1934 – sequer detidamente tratou da interpretação, o que foi revisado na segunda versão com o acréscimo do capítulo VIII – publicado em 1960) e a posterior confissão de Hart, em seu pós-escrito no seu Conceito de Direito (livro publicado em 1961), de que deu pouca atenção para a decisão judicial, ao raciocínio jurídico e, em especial, para a questão dos princípios em sua obra, o que admite ser um defeito desta (**O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 335). Certamente são duas das principais obras jurídicas daquele tempo que representam a sua filosofia do direito positivista. No terço final do século passado temos, entre várias obras importantes, a Teoria da Argumentação Jurídica (de 1978) de Robert Alexy e o Império do Direito de Ronald Dworkin (de 1986), que simbolizam a mudança de eixo no cenário jurídico. Ambas exprimem o deslocamento da base da preocupação da teoria do direito para a decisão judicial. Dworkin coloca a teoria do direito como parte geral da decisão judicial, sendo aquela o prólogo silencioso a qualquer decisão no direito, enquanto Alexy começa a desenvolver a sua teoria discursiva do direito a partir da sua tese do caso especial. Trata-se de duas das teorias mais relevantes do direito da última parte do século passado, que representam a preocupação atual do direito com a produção de decisões judiciais.

informais, e depois, com os modernos, uma evolução e integração dessa disputa com a construção de critérios de razão prática, que visam, para além da dimensão formal, ao conteúdo e às consequências das decisões.⁶⁶ A identificação das fontes e a superação das incoerências e das lacunas sofreram alterações, assim como as clássicas técnicas de interpretação foram colocadas em xeque. A por vezes relegada justiça volta a ter protagonismo no direito, principalmente com o ingresso dos direitos fundamentais e humanos nos sistemas (no que alguns suscitam um neojusnaturalismo). Para protegê-los, foi conferido aos juízes em diversos sistemas o dever-poder de realizar o controle de constitucionalidade dos atos, submetendo inclusive a política, colocando a Constituição como norma fundamental do direito. Os juízes passaram a trabalhar também com princípios (como argumentos jurídico-normativos em detrimento das vozes da sua moralidade individual ou de preferências políticas) e uma abertura prospectiva, sem prejuízo das regras, mas com a exigência da construção do sentido da norma, inclusive com um filtro constitucional prévio, por meio de um discurso rigoroso com a fundamentação, para onde foi deslocada a noção de segurança jurídica. O burocrata “boca da lei” foi sucedido pelo intelectual, poderoso, atarefado e contestado Hércules. O juiz foi do descobrimento ao empreendimento da construção do direito, mas ainda convivendo com alicerces variáveis impostos pelo legislador, dependendo do prólogo silencioso da sua decisão.

Paralelamente, o Legislativo passou a enfrentar a sua maior crise de confiabilidade, sendo destituído definitivamente da sua onipotência e sendo colocada em xeque a sua presumida racionalidade absoluta. No conflito entre justiça e razão contra segurança jurídica e maioria, não há mais uma vitória *prima facie* desta segunda opção no âmbito do direito, embora a vital importância da observância dos princípios formais⁶⁷ e da dignidade da legislação.⁶⁸ A razão sem voto do Judiciário, pautada na legitimidade discursiva⁶⁹, passou a ter também o dever-poder de proteger e promover os direitos fundamentais, defender e promover a força normativa da Constituição e resolver os conflitos entre os demais Órgãos, compreendendo-se a antiga rígida separação como um processo de cooperação entre os Órgãos para a construção do direito. A edificação do Legislativo passou a

66 ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 131-249.

67 ALEXY, Robert. Princípios formales. **DOXA**, vol. 37, p. 15-29, 2014.

68 WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, *passim*.

69 BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 01/05/18.

depende de benfeitorias, contando com os juizes como operários na sua execução, e por vezes sofrer acessões realizadas também pelos magistrados.

Nesse cenário contemporâneo, de relações interpessoais muito mais complexas, a partir da secularização, do pluralismo, da globalização, da virtualização e de fronteiras porosas entre o público e o privado, temos uma questão nuclear para o direito, que é a interpretação de textos escritos. A forma escrita tornou-se um padrão de produção e fonte do direito, especialmente com o aparecimento do direito legislado a partir da chamada era da codificação. Substituiu-se a consciência do julgador pela linguagem. Esse fenômeno ganhou espaço, inclusive no sistema *Common Law*, disputando território com o *customary law* e o *case law*. O direito moderno se constrói com a interpretação de textos jurídicos: leis, precedentes, doutrina, etc. Ele se beneficiou da capacidade da linguagem humana, mas também se tornou prisioneiro dos limites desta. Como bem arremata Cláudio Ari Mello:

O direito é um modo de dirigir o comportamento de seres humanos que vivem em comunidades politicamente organizadas. Se o direito está contido em textos, antes de sabermos como as pessoas devem se comportar, ou como deveriam ter se comportado, é indispensável compreender o que estes textos determinam a respeito das ações pertinentes. Essa atividade de compreensão e construção do sentido das escrituras jurídicas é o que chamamos de interpretação. No direito moderno, isto é, no direito escritural, interpretar é essencialmente entender o significado ou atribuir um sentido a um texto considerado como fonte de direito.⁷⁰

Nos limites da linguagem e na abstração causal do discurso é onde residem as principais discussões na interpretação e, conseqüente, na construção do direito, o que se relaciona com outras questões importantes em torno da correção jurídica: tempo limitado, informações limitadas, etc. E é aqui onde Hart identifica os sonhadores de uma única resposta correta para cada caso e os atormentados pelos pesadelos das plurais respostas para todos os casos, colocando-se no meio do caminho entre os dois extremos como um moderado entre ultrarracionalismo e irracionalismo, isto é, admitindo que em alguns casos é possível aceitar uma única resposta correta, mas em outros não⁷¹, linha que é seguida, com argumentos

70 **A Leitura Moral da Constituição como Teoria da Interpretação Constitucional.** Em fase de elaboração.

71 American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Oxford University Press, 1983.

diferentes, por Alexy.⁷² Trata-se, em essência, da fundamental discussão sobre a verdade objetiva na interpretação dos textos legais e, por consequência, acerca da correção da discricionariedade e dos seus espaços.

Os sonhadores contemporâneos, liderados por Dworkin⁷³, afirmaram que é possível a extração de uma única resposta correta para cada caso. E essa resposta, na visão do professor norte-americano, deriva da interpretação mais coerente do conjunto de princípios morais que justificam o direito, a qual se divide em três fases: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa.⁷⁴ Para encontrar a solução certa, em um primeiro momento do desenvolvimento da sua tese cria a figura de um juiz ideal, chamado Hércules, que teria habilidade, sabedoria, paciência e astúcia sobre-humanas. No entanto, Dworkin reconhece que não há um procedimento que mostre necessariamente a única resposta correta, cabendo ao juiz real a tarefa de aproximar-se o máximo possível. Essa tese foi refinada posteriormente pelo falecido jusfilósofo. Em seu *Justiça para Ouriços*, refutando os céticos, trabalha com a integridade e a rede de princípios de mútuo apoio (comunidade de princípios⁷⁵), essência do seu conceito de direito interpretativo e colaborativo (em que usa a metáfora do *chain novel* e a ideia de melhor interpretação das práticas jurídicas), mas agora unida à responsabilidade, atacando a metaética e admitindo novamente que, embora não seja possível demonstrar a verdade convencional aos outros ou esperar que concordem, tampouco termos clareza absoluta, já que o direito não tem partículas, devemos exigir responsabilidade na argumentação e admitir que há resposta objetivamente correta. Questiona ele se o juiz que decreta a prisão de uma pessoa escolheria discricionariamente uma das opções supostamente viáveis (liberdade ou segregação) ou adotaria a resposta correta ao caso? Um Juiz que condena alguém à morte admite que exista outra resposta correta através de outra interpretação possível ao caso? A decisão judicial

72 Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, vol. 5, p. 139-151, 1988; **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 163-198.

73 Também temos os batizados de especificistas, que, conforme resume Pau Luque, afirmam que “el desacuerdo será superficial y una vez hayamos profundizado en el caso concreto nos daremos cuenta de que en realidad siempre hubo una sola respuesta correcta” (Los Desacuerdos Jurídicos desde la Filosofía. **DOXA**, vol. 36, p. 439-460, 2013). No Brasil, temos Lênio Streck com um dos expoentes desse nobre sonho da única resposta correta, com uma teoria que flerta com o Direito como integridade e a hermenêutica filosófica (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*)

74 **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 81-83. Ver, também: MELLO, Cláudio Ari. Verdade moral e método jurídico na teoria constitucional de Ronald Dworkin. In: STORCK, Alfredo; e LISBOA, Wladimir Barreto. **Normatividade & argumentação. Ensaio de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus Editores, 2013.

75 STRECK, Lênio. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis** Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

seria um ato de escolha entre possibilidades viáveis ou um ato de construção? Por isso, ao tratar o direito como um ramo da moralidade política, afirma que os juízes possuem responsabilidade política, porque também estão envolvidos com um problema de democracia e de legitimidade no exercício do poder. Não por acaso, antes mesmo de suceder Hart e se tornar o célebre professor de Oxford, Dworkin atacou o positivismo jurídico do seu antecessor em três linhas essenciais: (i) especialmente nos *hard cases*, o intérprete não recorre apenas às regras, mas também aos princípios, que não podem ser identificados pela regra de reconhecimento; (ii) a ideia positivista de que, não havendo regra aplicável ao caso, estaria o intérprete exercendo o seu poder discricionário para decidir deve ser rechaçada, pois, neste caso, o intérprete decide conforme os princípios jurídicos (que lutam contra a discricionariedade e a favor da democracia); (iii) a teoria das normas sociais, em que se baseia a regra de reconhecimento e a noção de norma, deve ser rachaçada.⁷⁶ A tese dos princípios de Dworkin, todavia, não ficou imune a críticas, pelo contrário. A contestação tem como um dos focos, além da diferença com as regras e com diretrizes, a ausência de clareza a respeito da aplicação de princípios que não são postos pelos juízes, mas são descobertos e têm natureza moral. Por isso é rotulado de neopositivista por alguns e de neojusnaturalista por outros, encontrando críticos de ambos os lados. A afirmação ultrarracionalista de uma única resposta correta e a ausência de um método para tanto também não foram poupadas.

Para Alexy, ator da linha moderada e autodeclarado não-positivista⁷⁷, a questão da única resposta correta depende essencialmente se o discurso prático pode conduzir a uma única resposta correta para todos casos. E aqui ele diverge de Dworkin e afirma que isso aconteceria se a sua aplicação garantisse sempre um consenso. O jusfilósofo alemão nega a tese da única resposta correta para todos casos, afirmando que isso exigiria: tempo ilimitado, informação ilimitada, clareza linguística conceitual ilimitada, capacidade e disposição ilimitadas para a troca de papéis e ausência de prejuízos ilimitada. Afirma que, diante de condições reais, isso só pode ser cumprido de maneira aproximada em alguns casos (melhor resposta), devendo funcionar a idealização como diretriz. Em outros, seria possível atingir o consenso e a única resposta correta. De toda forma, afirma que os participantes do discurso jurídico devem defender sua pretensão, desde que suas afirmações e fundamentação tenham sentido, de que a sua resposta é a única correta⁷⁸, admitindo-a no plano subjetivo como uma pretensão de correção, esta limitada sob diversas perspectivas. Em suma, assim como MacCormick, Alexy defende que não há

76 **The Model of Rules**, University of Chicado Law Review 35 – 1967.

77 **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 42-92.

78 Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, vol. 5, p. 139-151, 1988.

uma única resposta correta para cada caso, mas que o direito positivo sempre oferece uma resposta correta, como bem coloca Manuel Atienza.⁷⁹ Por outro lado, Alexy também diverge dos positivistas⁸⁰, utilizando como alicerce do seu pensamento a inclusão da correção material (ou dimensão ideal não-positivista) no seu conceito de direito (que nos países democráticos é exercida pelos direitos fundamentais⁸¹). Ele fecha sua teoria com outras duas teses centrais: a teoria do discurso jurídico como caso especial do discurso prático moral, na qual estabelece critérios de razão prática⁸², e a teoria dos direitos fundamentais como princípios, que encontra no princípio da proporcionalidade o seu epicentro e um método de argumentação que tem por finalidade buscar a resposta correta nos *hard cases*. Agora, assim como Hart e MacCormick, Alexy admite a discricionariedade judicial em algum estágio da argumentação jurídica, mas se refere a ela no sopesamento de princípios (que abrem essa porta), tanto do legislador quanto do Judiciário⁸³, neste caso como limitações impostas pela ordem jurídica e com uma preocupação argumentativa que se diferencia da denominada discricionariedade forte hartniana. No entanto, nesse ponto a crítica identifica uma aproximação positivista da sua teoria discursiva, através de uma repriminção da antiga delegação positivista na escolha do princípio aplicável por meio da racionalização do juízo discricional.⁸⁴

Hart, participante da linha moderada cética, mas confessadamente positivista, há bastante tempo já colocou a tese da única resposta correta de Dworkin como um calcanhar de aquiles da sua teoria.⁸⁵ O professor britânico trabalhou com normas quase-conclusiva ou não-conclusivas⁸⁶, reconhecendo a imperfeição do direito em lacunas, na textura aberta da linguagem e na vagueza dos conceitos, o que repercute em problemas à atribuição de sentido à norma e à subsunção ao caso. No entanto, embora traga uma ideia de regras parecidas com Alexy, inclusive

79 **As razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 272.

80 Embora alguns identifiquem o positivismo na sua teoria da argumentação e na relação com a discricionariedade (García Figueroa, Alonso. La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico. **Doxa** n. 22 (1999), p. 207-220).

81 **Teoria Discursiva do Direito.** Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 361-362.

82 No que se aproxima muito de MacCormick, inclusive tendo ambos publicados seus livros sobre argumentação jurídica no mesmo ano (1978).

83 **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 611.

84 STRECK, Lênio. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis.** Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

85 American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Oxford University Press, 1983.

86 **O Conceito de Direito.** Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VII e pós-escrito.

admitindo a sua derrotabilidade como este admite cláusulas de exceção (negando o caráter tudo-ou-nada dworkiniano, ao menos sob algumas interpretações⁸⁷), não avança o bastante em apontar outros *standards* capazes de justificar a decisão (como os princípios, no que é atacado por Dworkin), tampouco desenvolve a argumentação judicial.⁸⁸ Aliás, Hart confessa em seu Pós-Escrito ao Conceito de Direito que deu pouca atenção para a decisão judicial, ao raciocínio jurídico e, em especial, para a questão dos princípios em sua obra, o que admite ser um defeito desta.⁸⁹ O jusfilósofo inglês afirma que nos *hard cases* o juiz teria discricionariedade para decidir e criar o direito, sendo investido de poderes intersticiais, mormente naqueles casos de normas não-conclusivas. E aqui ele adverte que, ao usar a palavra norma, não pretendeu afirmar que os sistemas jurídicos incluem apenas normas do tipo “tudo ou nada” ou quase-conclusivas (regras, na expressão usada por Dworkin na sua crítica). Também ressalva, em resposta às críticas de Dworkin, que a discricionariedade dos juízes (ou

87 Veja-se que R. Alexy nega a tese de Dworkin de que as regras seriam aplicadas de forma tudo ou nada, servindo isso para um critério distintivo dos princípios. Sustenta que a própria existência dos princípios afasta a hipótese do caráter tudo ou nada como critério de distinção. Conclui afirmando que “se os casos de aplicação de princípios não são enumeráveis e se a aplicação de princípios pode conduzir a exceções a regras, então, em virtude disso, não podem as exceções a regras ser enumeráveis. Se princípios não são aplicáveis em um modo tudo ou nada, em virtude disso as regras também não são”. De toda forma, ressalva que, “quando as características conhecidas se apresentam e quando nenhum princípio comanda algo diferente, ou quando nenhuma razão jurídica observada exige algo diferente, resulta então a consequência jurídica”, o que poderia salvar o caráter tudo ou nada em alguns casos. Arremeta afirmando que o caráter tudo ou nada consegue ser efetivo apenas quando a interpretação é conhecida, complementando que são as cláusulas de reserva, quando empregadas, que tornam tanto regras como princípios aplicáveis tudo ou nada. Na realidade Alexy reconhece o caráter *prima facie* de princípios e regras, diferenciando-os em relação ao dever ser, sendo daqueles o dever ser ideal (que não prevê aquilo que é devido e é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exigem porém cumprimento o mais amplo ou aproximativo possível, isto é, o seu conteúdo normativo real presume sempre uma afirmação sobre as possibilidades fáticas e jurídicas) e deste o dever ser real (prescrições que só podem ser cumpridas ou descumpridas, ou seja, já contêm uma averiguação das possibilidades fáticas e jurídicas) (**Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015, p. 163-198). Já Hart fala em normas não-conclusivas e quase-conclusivas no seu pós-escrito ao Conceito de Direito, sendo que no caso destas admite a possibilidade de extrair uma única resposta correta, enquanto no caso daquelas vê a possibilidade de mais de uma resposta (**O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VII e pós-escrito). O falecido professor inglês, já na primeira metade do século passado também já reconhecia a possibilidade de derrotabilidade das regras (The Ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, n.º 49, p. 171-194, 1948-1949), o que desenvolveu e modificou parcialmente no seu O Conceito de Direito, mantendo a característica derrotável das regras no sentido de que há exceções implícitas que podem determinar um novo sentido da norma (tendo os juízes e tribunais legitimidade para criar e desenvolver o direito), mas sem que isso lhe retire a sua natureza de regra e a sua força normativa.

88 MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução Cláudia Santana Martins. Revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 169-171.

89 **O Conceito de Direito**. opt. cit., pós-escrito.

poder de criar o direito que atribui a eles nos casos em que aquele seja incompleto ou indeterminado) é diferente daquela do Poder Legislativo, já que está sujeita a várias limitações, as quais o Legislativo pode ser isento, e restrita a casos específicos, não podendo o juiz utilizá-la para introduzir reformas amplas ou novos códigos.⁹⁰

Kelsen se encontra no outro extremo da discussão, sendo diagnosticado como atormentado pelo pesadelo de uma imperfeição constante. O jusfilósofo austríaco desenvolveu a tese da moldura normativa na segunda versão da sua Teoria Pura do Direito⁹¹, tendo gradativamente se deslocado para uma indeterminação geral (fática e consequencial) e um decisionismo cada vez maior⁹², embora ainda submetido a limites. O falecido professor da Universidade de Berkeley, com seu ceticismo, prega que a determinação nunca é completa, não podendo a norma vincular sob todos os aspectos o ato através do qual é aplicada, embora também admita que o direito não é absolutamente livre, no que se dissocia do realismo duro e rechaça a aplicação de princípios metajurídicos. Dentro da moldura do direito (que limita a discricionariedade), proclama que caberá ao intérprete a escolha da alternativa mais adequada dentre as várias estabelecidas pela norma superior, isto é, existe uma margem de apreciação, que pode ser maior ou menor. Não há na interpretação kelseniana uma única solução, e sim possivelmente várias soluções ao caso concreto (no que radicaliza mais que Hart e menos que Troper), o que reafirma a indeterminação positivista. Por isso, conclui Kelsen, que a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicada é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato através de uma interpretação autêntica, atacando a ideia de uma única interpretação correta, que, na sua visão, seria uma ficção a ser combatida, que serviria à jurisprudência para consolidar o ideal de segurança jurídica.⁹³ Agora, assim como Hart, Kelsen se dedica pouco à decisão judicial e ao raciocínio jurídico.

O professor italiano Riccardo Guastini, membro do movimento realista genovês, faz uma importante análise das correntes interpretativas e do próprio conceito de verdade na interpretação dos textos legais.⁹⁴ Ele identifica três teorias da interpretação: teoria cognitivista, teoria cética e teoria eclética. A teoria cognitivista pressupõe, em um enunciado normativo, um único sentido passível de conhecimento (não de escolha). Há um significado preestabelecido à interpretação, que busca

90 Idem, capítulo VII e pós-escrito.

91 **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, capítulo VIII. Aqui sendo considerado o capítulo VIII um apêndice da sua teoria pura que não está em coerência com o restante.

92 **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, *passim*.

93 **Teoria Pura do Direito.** op. cit., p. 396.

94 **Interpretar e Argumentar.** 1ª reimpressão. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 357-377.

revelá-lo. Aqui está inserida a antiga corrente formalista (cognitivism formalista) abordada no início deste capítulo, assim como os partidários do nobre sonho (mas em um cognitivism não-formalista construtivista), que admitem a ocorrência interpretação falsa e correta, além da possibilidade de se localizar uma única resposta ao caso. Guastini afirma que esta teoria é uma ideologia sobre a atividade interpretativa, resultante de doutrinas da separação entre os poderes e de uma soberania o parlamento, que renegam ao Judiciário legitimidade democrática para realizar escolhas políticas. A teoria realista, ao contrário, não reconhece a decisão como um ato de conhecimento de um único sentido do texto normativo, mas como um ato de escolha ou vontade, negando a pretensão formalista de um sentido único e preexiste. O professor da Universidade de Gênova faz uma subdivisão realista em radical e moderada. Os moderados estabelecem o enunciado normativo como limitador dos plurais significados a serem avaliados pelo intérprete na sua decisão (como Kelsen), enquanto os radicais não vem no texto um limite rígido ou plurais sentidos, sendo este inspiração à decisão como concepções morais, econômicas, políticas. A última vertente identificada pelo realista genovês é a teoria eclética, também subdivida, que busca conciliar e ao mesmo tempo se opõe às anteriores, reconhecendo na interpretação ora um ato de vontade e ora um ato de conhecimento. Para a primeira variante (e aqui se insere Hart), há vagueza em toda disposição jurídica, existindo um núcleo de significado certo, e outro de incerto. Quando estamos diante da primeira hipótese, um caso fácil, a interpretação cuida-se de um ato de conhecimento. Na segunda situação, caso difícil, a interpretação será um ato de vontade (ou escolha). A outra variante não utiliza a ideia de casos fáceis ou difíceis, mas de textos claros e textos obscuros, mas resultando em revelação ou escolha, respectivamente.

E a partir desse breve mergulho pela complexidade da interpretação é que podemos emergir e retomar nossa rota, agora rumo à análise das principais teorias explicativas da fixação da pena-base, conectando-as aos seus prólogos silenciosos e à sua história, para um exame jurídico minimamente adequado, não meramente ideológico ou circunstancial. E como vimos, estamos condenados entre a escolha e o descobrimento da pena.

IV. A fixação da pena-base: teorias, críticas e seus prólogos silenciosos.

A vagueza linguística utilizada pelo legislador brasileiro, sobretudo no que respeita à metodologia de apreciação das circunstâncias judiciais, já é bastante idosa e tem como ano de batismo 1940, sendo essa característica uma constante nos países de tradição romano-germânica, não olvidemos. Até o Código Penal de 1940, a aplicação da pena seguia critérios bastante rígidos. O Código Penal de 1890, com nítida influência inquisitorial, para as situações em que as penas não eram fixas, previa um sistema tarifado para a dosimetria da pena. Em apertada síntese, o seu

artigo 62⁹⁵ estabelecia três graus (máximo médio e mínimo) e dois subgraus (submáximo e submédio), o que representava cinco possibilidades de pena: máximo, submáximo (média entre o médio e o máximo), médio (média aritmética entre o máximo e o mínimo), submédio (média entre o mínimo e o médio) e mínimo.⁹⁶ Tínhamos penas fixas ou cinco possibilidades de variação das penas relativamente indeterminadas na sua dosimetria.

O Código Penal de 1940 aboliu o sistema tarifado, substituindo-o por um modelo legal aberto e flexível, que conferiu (ou supostamente) ampla discricionariedade ao julgador. Essa vagueza causou muita divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o procedimento de dosagem da pena, tendo como foco a luta contra arbitrariedades e a promoção da racionalização da decisão (veja-se que é uma briga antiga, quase centenária), visando a encontrar o equilíbrio entre o antigo sistema tarifado e o novo sistema discricionário. E foi nesse cenário em que se desenvolveu o famoso embate entre Lyra e Hungria, com os seus respectivos métodos bi e trifásico para a aplicação da pena. Enquanto o professor Roberto Lyra advogava a favor de um sistema bifásico, com a pena-base (primeira etapa) sendo fixada, entre o mínimo e o máximo, levando em conta as circunstâncias judiciais e legais, incidindo, na segunda etapa, sem os limites máximos e mínimos do tipo penal secundário, as causas de aumento e diminuição, o ex-ministro Nelson Hungria defendia um método trifásico, com a divisão da análise das circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, majorantes e minorantes em três momentos distintos e sucessivos.

Os reformistas, na exposição de motivos da Nova Parte Geral do Código Penal reconheceram que, mesmo após quarenta anos, remanesciam divergências acirradas sobre a metodologia da aplicação da pena. No entanto, levando em conta que o critério trifásico (ou Hungria) era predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Corte que Hungria ocupou a cadeira por uma década, optou-se por

95 Art. 62. Nos casos em que este código não impõe pena determinada e somente fixa o máximo e o mínimo, considerar-se-hão três graus na pena, sendo o grau médio compreendido entre os extremos, com atenção às circunstâncias agravantes e atenuantes, as quais serão aplicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes: § 1º No concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes que se compensem, ou na ausência de umas e outras, a pena será aplicada no grau médio.

§ 2º Na preponderância das agravantes a pena será aplicada entre os graus médio e máximo, e na das atenuantes entre o médio e o mínimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstâncias agravantes sem alguma atenuante, a pena será aplicada no máximo, e no mínimo se for acompanhada de uma ou mais circunstâncias atenuantes sem nenhuma agravante.

96 CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação. **Revista dos Tribunais**, Vol. 978, 2017.

este, o qual permitiria “o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria”⁹⁷, inclusive preservando o direito à ampla defesa/acusação para fins recursais. Hungria saiu-se vitorioso, mas não pôde saborear em vida a consagração da sua tese no artigo 68 da Nova Parte Geral do Código Penal. No entanto, desde a reforma de 1984 é possível se verificar a preocupação com a fundamentação e a limitação do arbítrio, o que aliás foi um dos pontos de crítica ao método bifásico.

As circunstâncias judiciais também não passaram incólumes pela macrorreforma de 1984. Houve a alteração da intensidade do dolo ou grau de culpa (constante no revogado artigo 42 do Código Penal⁹⁸) pela culpabilidade (do atual art. 59 do Código Penal) e o acréscimo do comportamento da vítima e da conduta social (incluídas pelo mesmo art. 59 do Código Penal). Tornaram-se oito vetores a serem analisados na fixação da pena-base, primeira fase do método trifásico legal. O legislador também estabeleceu que a pena deve ser necessária e suficiente, tendo como finalidade a reprovação e a prevenção. No entanto, manteve-se o silêncio em relação à metodologia na primeira fase, criando-se, na versão hartniana, um *hard case*. Incumbiu-se à doutrina e à jurisprudência a tarefa de construir a solução. Novos embates surgiram e alguns se mantêm até hoje. Por outro lado, boa parte da edificação do sentido da operação foi realizada nessas mais de três décadas pela doutrina e jurisprudência, havendo pontos de convergência e um importante arquivo de sentidos. Devemos observá-lo para seguir nessa obra coletiva intertemporal e, quem sabe, colaborar para o seu avanço, mesmo que seja auxiliando na limpeza de alguns resíduos que devem ser varridos ou na preparação do cimento para o próximo tijolo.

O ponto de partida para o cálculo da pena-base se dá no mínimo legal (que se confunde com o limite mínimo para as duas primeiras fases do método

97 51. Decorridos quarenta anos da entrada em vigor do Código Penal, remanescem as divergências suscitadas sobre as etapas da aplicação da pena. O Projeto opta claramente pelo critério das três faces, predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fixa-se, inicialmente, a penabase, obedecido o disposto no art. 59; consideram-se, em seguida, as circunstâncias atenuantes e agravantes; incorporam-se ao cálculo, finalmente, as causas de diminuição e aumento. Tal critério permite o completo conhecimento da operação realizada pelo juiz e a exata determinação dos elementos incorporados à dosimetria. Discriminado, por exemplo, em primeira instância, o quantum da majoração decorrente de uma agravante, o recurso poderá ferir com precisão essa parte da sentença, permitindo às instâncias superiores a correção de equívocos hoje sepultados no processo mental do juiz. Alcança-se, pelo critério, a plenitude de garantia constitucional da ampla defesa.

98Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime: I - determinar a pena aplicável, dentre as cominadas alternativamente; II - fixar, dentro dos limites legais, a quantidade da pena aplicável.

trifásico), podendo progredir conforme a existência de circunstâncias desfavoráveis ao condenado. Já o limite máximo da pena-base não tem um ambiente totalmente pacífico. No âmbito das cortes superiores, atualmente (e nem sempre foi assim⁹⁹) é possível se afirmar a admissão da fixação da pena-base até o máximo da pena cominada no preceito secundário, observando a regra do artigo 59, inc. II, do Código Penal.¹⁰⁰ Todavia, doutrinariamente, temos a divergente teoria do termo médio, que restringe a pena-base à média das balizas mínima e máxima, estabelecendo um marco inicial máximo aquém do limite legal. Trata-se de importante tese construída, que goza de partidários importantes¹⁰¹, inclusive com eco nas cortes superiores. A lógica dessa interpretação se apropria da ideia de hierarquia progressiva de peso no impacto da pena entre as fases, estabelecendo um limite geral (não individual por circunstâncias) para a pena-base, para que seja possível a atuação das causas legais em nível superior, que também estão submetidas aos limites legais. Teríamos três limites diversos e sucessivos ao teto de cada fase: termo médio, máximo da pena legal, acima dos contornos legais.

Alguns obstáculos vêm se fixando contra a tese do termo médio, o que justifica, ao meu ver, a admissão de flutuação da pena-base entre os marcos mínimo e máximo da pena legal, sem uma restrição intermediária. O primeiro deles é que a fixação da pena-base no máximo legal, mesmo que não adotada a teoria do termo médio, deve ser reservada para situações excepcionalíssimas, o que é confirmado na prática, que demonstra que há normalmente espaço para a atuação das circunstâncias legais agravantes. A segunda barreira advém da ausência de previsão legal para esse marco inicial do termo médio na avaliação das circunstâncias judiciais (art. 59, inc. II, do Código Penal). O terceiro argumento contrário se concentra no fato de que as circunstâncias agravantes nem sempre se fazem presentes em condenações, sendo que a eventual consideração da sua incidência para justificar o termo médio é um retorno ao sistema bifásico.¹⁰² A última contestação se revela no fato de que o prejuízo normalmente se dá às circunstâncias atenuantes, em razão da cultura da pena mínima que se desenvolveu equivocadamente no país¹⁰³ (que deve observar a mesma excepcionalidade da pena máxima) e pelo limite imposto pelo enunciado de súmula n.º 231 do STJ, que impede que a pena intermediária flutue

99 STF: HC 75.889-5/MT, 2ª T., Min. Maurício Corrêa, j. 17.03.1998; HC 76.183/MG, Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999.

100 Nesse sentido, além da jurisprudência acima citada em nota, temos: NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 324-330.

101 Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018; BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. 4ª ed. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

102 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 326.

103 Idem, p. 315-319.

fora dos marcos legais. Essas objeções acabam afastando a ideia de que, sem a baliza do termo médio, estaríamos lesando o sistema trifásico.

Seguindo nossa rota, chegamos ao lugar que concentra o maior desconcerto: forma de avaliação das circunstâncias. Aqui as divergências são densas e plurais. Debate-se, em síntese, se: (i) a variação da pena deve se dar pela avaliação global das circunstâncias ou se movimentar conforme cada circunstância; (ii) cada circunstâncias deve ter um peso atribuído individualmente ou não; (iii) em caso positivo, como cada circunstâncias deve ser examinada. Para tanto, temos essencialmente duas teorias explicativas: discricionariedade e fracionamento. Por outro lado, diluindo um pouco a rigidez hermenêutica, há estabilidade em dois pontos: se todas circunstâncias judiciais forem favoráveis e/ou neutras, a pena-base deve permanecer no mínimo legal; se preponderantemente as circunstâncias judiciais forem negativas, a pena deve se afastar do mínimo legal.

A estratégia da análise se dará através de cada teoria explicativa, abordando os tópicos de divergência acima delimitados. E iniciaremos com a teoria da discricionariedade. Esta se trata aparentemente de uma concepção nitidamente hartniana do *hard case*. Temos normas não-conclusivas sobre a avaliação das circunstâncias judiciais, configurando-se uma zona de penumbra legal. O rumo, segundo a visão de Hart, é o emprego da discricionariedade judicial, com a investidura do juiz em poderes intersticiais.

A linha da discricionariedade sem referencial para a definição da pena-base, seguida pela minoria dos ministros do STJ e por parte dos tribunais, sustenta que a fixação do *quantum* de aumento ou diminuição fica submetida ao prudente arbítrio do juiz, com observância ao deveres de fundamentação e proporcionalidade. Não há um critério objetivo estabelecido como padrão para o aumento ou diminuição por circunstância, mas um limite global, que neste caso pode ser o termo médio ou o máximo da pena cominado para a infração penal, dependendo da corrente seguida. Isso, todavia, não impede a avaliação qualitativa individual (negativa, neutra ou positiva) de cada circunstância do artigo 59 do Código Penal, embora a apreciação quantitativa normalmente se dê de forma coletiva. Em síntese, acontece o afastamento do padrão objetivo e a aproximação do dinamismo sistemático, o que coloca um risco sobre a coerência, mas com a habilidade de balancear as diferenças entre os casos.

Essa formulação tem na teoria dos princípios uma forte oposição há muitas décadas, que se reforça em uma contradição teórica contemporânea também denunciada por Dworkin, de juristas que se declaram não-positivistas ou não se alinham a nenhuma teoria que ofereça argumentos a favor da indeterminação, mas afirmam que não há respostas corretas para questões jurídicas controversas e

recorrem, ao fim e ao cabo, à discricionariedade.¹⁰⁴ Para aqueles que conseguem fugir desses obstáculos jusfilosóficos (como buscam os positivistas inclusivos e os realistas), podemos apresentar outros específicos já tratados acima quando em pauta a crítica à jurisprudência, como a incoerência e a desigualdade material na definição da pena-base, o que vem demonstrando a fragilidade na utilização do método (ou, melhor, na ausência dele), ao menos daquele sem limites. Acrescento um argumento importante que a prática nos fornece: lesão ao dever de fundamentação e, por conseguinte, às garantias da ampla defesa e ampla acusação, o que foge da limitação à ampla discricionariedade e da promoção ao dever de fundamentação pretendidas na reforma de 1984. Isso porque a discricionariedade vem sendo empregada, em certas vezes, arbitrariamente, com o perdão do pleonismo. Além de se valer do subjetivismo, há a ocultação dos fundamentos da escolha, sem saber as partes o porquê de juízos qualitativos e quantitativos. Quiçá o vilão desses problemas práticos seja o desconcerto denunciado entre celeridade, qualidade e capacidade... De qualquer forma, saímos do tolerável, mesmo para os céticos positivistas e realistas. Mesmo a escolha está submetida ao ônus da argumentação e a critérios de razão prática.

A tese do fracionamento estático, acatada por alguns tribunais, pretende estabelecer um padrão objetivo e duro qualitativo e quantitativo de aumento ou diminuição da pena-base de forma individual, mostrando aos participantes as razões da pena. Isso significa que a cada circunstância é atribuída uma avaliação (neutra, positiva ou negativa), podendo esta não influenciar na pena (se for neutra), elevá-la (se for negativa) ou diminuí-la (se for positiva) por meio de uma quantidade que lhe é atribuída de maneira rígida e abstrata por uma fração (1/10, 2/10, 1/6, 1/7 ou 1/8, dependendo do posicionamento interno entre os fracionistas). Em que pese a discordância acerca da quantidade definida a cada circunstância judicial, há consenso que a fração individual deverá incidir sobre a diferença entre o máximo e o mínimo da pena¹⁰⁵. O dissenso é acerca da igualdade de peso entre todas as circunstâncias (que reflete na definição do numerador da fração) e sobre a consideração de todas no estabelecimento de denominador da fração, mas sem a possibilidade de variação conforme o grau. Nucci, por exemplo, que é moderado e admite a derrotabilidade dos padrões objetivos em situações excepcionais, dá a algumas circunstâncias (personalidade, antecedentes e motivos)

104 DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, p. 87-139, spring, 1996. Disponível em: <http://cas.uchicagoedu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-.pdf>. Acesso em: 05.03.2020.

105 Por exemplo, em um delito em que a pena cominada seja de 2 a 10 anos. O intervalo entre a pena máxima e a mínima é de 8 anos. Cada circunstância positivada ou negativada terá o peso de 1 ano (se forem consideradas todas e com o mesmo peso), seja para aumentar ou diminuir a pena, salvo se neutralizada, partindo do seu mínimo. A fração de cada circunstância seria de 1/8.

um peso dobrado em relação às demais (2/10 as três referidas e 1/10 às outras)¹⁰⁶, enquanto outros estabelecem a mesma quantidade (1/8, 1/7 ou 1/6 a todas). Essa diferença repercute no numerador da fração. Por outro lado, há alteração sobre o número de circunstâncias a serem observadas. Alguns retiram o comportamento da vítima do cálculo para a definição do denominador, na medida em que pode ser considerado apenas em favor do réu, dotando-a de uma natureza *sui generis*. Outros entendem que a culpabilidade em sentido lato do artigo 59 do Código Penal é o extrato de todas circunstâncias pelo que não pode ser considerada individualmente¹⁰⁷. Há quem considere todas. Por isso há instabilidade no denominador entre 10, 6, 7 e 8.

A teoria do fracionamento estático fornece um paradigma objetivo e estabilidade na avaliação, porém sem a capacidade de diferenciar adequadamente e acompanhar quadros desiguais concretos na sua exata medida, como já antecipado. Trata-se de uma interpretação cognitivista do *hard case*, enveredando-se aos nobres sonhadores construtivistas. Agora, há esse problema grave na norma elaborada, pois nem todas circunstâncias negativas ou positivas têm o mesmo peso no caso concreto. É possível que uma circunstância seja altamente ou levemente negativa ou positiva. Tomemos a circunstância dos antecedentes como exemplo, sem ingressar na discussão da sua constitucionalidade. Se um réu possui um registro de maus antecedentes por lesão corporal leve, enquanto outro possui dez registros de maus antecedentes por roubo, crime pelo qual ambos estão sendo condenados na sentença, ambas circunstâncias negativas devem ter o mesmo peso na definição da pena-base? Podemos, nessa esteira, nivelar a utilização de uma qualificadora para negatar as circunstâncias do crime com uma circunstância judicial de valoração negativa mínima? A dureza da maleabilidade do fracionamento estático coloca uma dificuldade a ser superada, na medida em que a derrotabilidade do padrão é rara, normalmente adotando-se o critério abstrato. Mas não é só. As críticas vão além. A formalização ou matematização é enfrentada como um problema por parte da doutrina, admitida apenas como referenciais de proporcionalidade, como o faz o STJ com o critério do 1/6. A crítica relaciona essa tese com o sistema de prova tarifada, de origem inquisitorial, inclusive com um retorno ao sistema do Código de 1890, o que lesaria o dever de fundamentação.¹⁰⁸ Além disso, tentar igualar integralmente a avaliação quantitativa e qualitativa das circunstâncias seria desconhecer a particularidade complexa de cada fato e de cada pessoa.

106 **Individualização da pena.** 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 196-198.

107 *Idem*, p.158

108 CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação. **Revista dos Tribunais**, Vol. 978, 2017.

Utilizar-se de padrões fracionários, mesmo que rígidos quantitativamente, não me parece exatamente uma volta no tempo rumo ao sistema inquisitorial do Código de 1890. O fracionamento estático possibilita dezenas de variações da pena-base, que depois pode sofrer o influxo de circunstâncias legais e causas de aumento e diminuição, as quais, essencialmente aquelas e algumas destas, têm sido abordadas por meio de critérios objetivos fracionários elásticos pelos tribunais superiores. Verdade seja dita, o fracionamento apresenta justificativa para avaliação quantitativa e qualitativa de cada circunstância, compartilhando-a com as partes e dando elementos para eventual insurgência recursal, indo ao encontro do que buscavam os reformistas de 1984 sobre fundamentação e limitação da escolha. E isso também se sintoniza com o que os novos reformistas, por meio do PLS 236/12 (Projeto de Novo Código Penal), buscam no artigo 84, §1º¹⁰⁹, que exige do juiz a fundamentação quantitativa e individual de cada circunstância judicial e legal. O ponto frágil do fracionamento estático se mostra, e aqui a crítica acima se aplica com correção, na sua padronização inflexível (para os duros) ou excepcionalmente maleável (para os moderados), que acaba atingindo a proporcionalidade e a igualdade material, prejudicando uma adequada individualização da pena às diferenças subjetivas e objetivas de cada caso. E para superar essa deficiência é que se propõe o dinamismo desses *standards* individuais de maneira dúctil, mas neste particular com referenciais em três graus (leve, médio e grave)¹¹⁰, no que, embora se beba da fonte, se diferencia do fracionamento tecido pelo STJ, que também tem uma proposta metodológica conciliatória e flexível, apenas no que respeita à escala triárdua expressa. É o nobre sonho da resposta correta, ao menos no plano subjetivo para aqueles que seguem a linha não-cognitivista moderada.

V. Método referencial escalonado dúctil.

Instituir o dinamismo referencial escalonado na avaliação individual das circunstâncias judiciais acaba por configurar uma metodologia eclética discursiva, aproveitando-se da objetividade e da metodologia do fracionamento estático, sem olvidar da capacidade de movimentação proporcional da discricionariedade. Mas nem tudo são rosas... Os riscos teóricos dessa aproximação não podem ser eliminados, principalmente no que respeita à acusação cognitivista de escolha nas definições quantitativas e qualitativas, no que se aproxima às críticas à teoria alexyana da ponderação.

A definição dos padrões quantitativos individuais tem uma questão preliminar a ser enfrentada, que envolve o peso idêntico ou não de todas

109 Na redação inicial: §1º Na análise das circunstâncias judiciais, atenuantes e agravantes, o juiz deve fundamentar cada circunstância, indicando a *quantum* respectivo.

110 O que se aproxima do que R. Alexy utiliza na sua fórmula da ponderação, para dar peso a cada vetor.

circunstâncias judiciais, assim como se todas devem ser consideradas na definição do denominador de cada fração. Nesse particular, há aqueles que realizam uma interpretação sistemática das circunstâncias judiciais, dando maior peso a algumas, enquanto outros enxergam igualdade. Em outra frente, acerca da consideração da integralidade das circunstâncias, a divergência se dá essencialmente quanto ao comportamento da vítima, se integra o cálculo para a definição do denominador ou deve ser tratado como uma circunstância *sui generis* (incidindo sem influenciar no denominador apenas para beneficiar o réu), e a culpabilidade, se é gênero e não afeta o denominador ou se é também espécie e modifica a fração.

O maior peso abstrato dado a algumas circunstâncias judiciais advém de uma interpretação sistemática da parte geral do Código Penal. O fundamento está no artigo 67 do Código Penal, que trata de uma ordem de prevalência abstrata de certas circunstâncias legais, mas é transportado para as circunstâncias judiciais, e na preocupação do legislador com os antecedentes em relação às penas restritivas de direitos (art. 44, inc. III, do CP), à suspensão condicional da pena (art. 77, inc. II, do CP) e ao livramento condicional (art. 83, inc. I, do CP).¹¹¹ A crítica a essa diferenciação tem na doutrina do Direito Penal do Fato uma grande aliada, que pleiteia a exclusão das circunstâncias judiciais pessoais (como os antecedentes e a personalidade) da avaliação da pena-base, encontrando eco no art. 75 do PLS 236/12¹¹². Segundo a crítica, o agente deve responder por aquilo que fez, não pelo que é. Embora a crítica doutrinária, as circunstâncias judiciais pessoais vêm sendo objeto de avaliação ao longo dos tempos pela jurisprudência, apesar de que, como bem pontua a doutrina, a conduta social e a personalidade não têm sido utilizadas normalmente em desfavor do réu, seja por força da ausência de elementos suficientes ou de carência de expertise para realizar um exame sócio-psicológico tão complexo.¹¹³ E, a despeito de o legislador ter realmente dedicado preocupação especial aos antecedentes, não podemos balizar a pena-base especialmente no que o condenado é em prejuízo do que cometeu. Também vejo que o legislador restringiu a ordem de preponderância abstrata do artigo 67 do Código Penal às circunstâncias legais, sendo claro nesse

111 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. 195-196.

112 Na redação inicial: Art. 75. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos motivos e fins, aos meios e modos de execução, às circunstâncias e consequências do crime, bem como a contribuição da vítima para o fato, estabelecerá, conforme necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

I – as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III – o regime inicial de cumprimento da pena de prisão;

IV – a substituição da pena de prisão aplicada por outro espécie de pena, se cabível.

(...)

113 GRECO, Luis; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo.

Reforma da Parte Geral do Código Penal: Uma Proposta Alternativa para Debate. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-alternativa-reforma-parte.pdf>. Acesso em: 07.05.2020.

sentido. No máximo, consigo enxergar uma igualdade abstrata entre as circunstâncias judiciais para a definição da pena-base, podendo acontecer uma diferenciação quantitativa de grau apenas no plano concreto.

A questão da consideração da integralidade das circunstâncias judiciais encontra na culpabilidade e no comportamento da vítima os pontos de dissenso. O comportamento da vítima teve retirado do seu sentido a avaliação qualitativa negativa em relação ao réu. Portanto, apenas pode beneficiar o réu ou ficar neutralizado. Por isso, parte dos fracionistas vêm lhe excluindo da definição do denominador da divisão das circunstâncias judiciais, funcionando como um elemento *sui generis*, que apenas pode atuar quando for favorável ao réu. É como se fosse o participante café-com-leite das brincadeiras infantis, que não pode sofrer os prejuízos, mas apenas os benefícios. Por ter atuação qualitativa limitada, parece-me adequado classificá-la como uma circunstância *sui generis*, a qual nem sempre vai agir, não vai interferir no denominador do fracionamento das circunstâncias, mas pode atuar para beneficiar o réu em valor idêntico às demais circunstâncias, inclusive com a possibilidade de variação concreta. Teríamos, concordando, por ora, sete circunstâncias no denominador (x/7), mas oito a serem examinadas.

Seria a circunstância judicial da culpabilidade o gênero das outras ou o resultado da equação das demais? A resposta a essa pergunta pode lhe retirar da avaliação na definição da pena-base ou não. E aqui temos a corrente da culpabilidade como gênero das circunstâncias judiciais e limite da pena, bem como a linha de que a culpabilidade também é circunstâncias autônoma. Nesta segunda corrente interpretativa vem nadando a doutrina majoritária, ao significar a culpabilidade do artigo 59 do Código Penal como o grau de reprovabilidade da conduta do agente, tomando por base a situação inerente ao tipo penal para a sua avaliação qualitativa e quantitativa. E apesar da polissemia penal do termo culpabilidade, que naturalmente dá margem a disputas teóricas, vejo que o empreendimento hermenêutico que busca atribuir sentido como circunstância autônoma é aquele que melhor atende a sua locação legal, reproduzida no PLS 236/12.

Resulta que nos mantemos com sete circunstâncias no denominador, além do comportamento da vítima. O referencial leve para cada circunstância judicial positiva ou negativa é representado pela fração de 1/7, incidindo sobre o intervalo abstrato entre o máximo e o mínimo da pena privativa de liberdade, com movimentação entre os marcos legais. Isso se dá pela união das definições do idêntico peso abstrato das circunstâncias judiciais, o que é representado pelo numerador (1), e de que sete circunstâncias podem influenciar quantitativa e qualitativamente na pena, o que é retratado pelo denominador da fração (7). Há uma diferença em relação ao referencial fixado pelo STJ, inclusive para se estabelecer uma hierarquia progressiva entre circunstâncias legais e judiciais, ao menos no plano

abstrato, pois concretamente será possível que uma circunstância judicial tenha peso mais elevado que uma agravante ou atenuante, dependendo do grau de cada uma, da pena-base fixada e do intervalo legal entre as penas máximas mínimas.

No entanto, o avanço principal que se propõe não é esse. Entendo que é possível ampliar esses referenciais através de uma escala triárdica, com o estabelecimento de três padrões dúcteis quantitativos (leve, médio e grave) para cada circunstância que tenha sido avaliada qualitativamente como negativa ou positiva, já que a neutralização prejudica o aspecto quantitativo. Teremos, além de um padrão médio, balizas leves e graves, para promover a proporcionalidade e a coerência. Sabemos que os casos não são subjetiva e objetivamente idênticos, pela sua complexidade individual. Logo, as circunstâncias também variam no exame de peso. Um roubo com grave ameaça e outro com emprego de violência possuem diferenças de grau, inclusive algumas situações já previstas como majorantes ou qualificadoras. E entre as possíveis graves ameaças e violências há plurais possibilidades de gradação. Temos o ponto neutro de cada circunstância, assim como a primeira marcha, que é situação negativa ou positiva inicial, o que corresponde ao grau leve. Conforme a avaliação ultrapassa o limite do primeiro referencial, vamos avançando no aspecto quantitativo da atribuição de peso, podendo atingir os níveis médio e grave. E entre esses referenciais também existe uma certa flexibilidade, mas balizada por um guia. A definição de cada um está submetida ao ônus da argumentação, mas ancorada por referenciais objetivos.

A grande pergunta que se apresenta, além da acusação cognitivista sobre uma racionalização da discricionariedade, é qual peso atribuir aos referenciais quantitativos e por quê? Pois bem. Uma análise da jurisprudência do STJ nos traz alguns parâmetros importantes construídos. As circunstâncias legais, balizadas pela mínima fração de $1/6$, têm apresentado via de regra uma variação entre $1/6$ e $1/4$. A fração de $1/6$ fica reservada ao grau leve, $1/5$ para o peso médio e $1/4$ a situações graves¹¹⁴, mas isso de uma forma não desenhada metodologicamente. No que respeita às circunstâncias judiciais, a variação parece ser mais flexível e elástica. Temos também o referencial, a nível majoritário, da fração de $1/6$, que corresponde ao padrão leve, com a admissão, repetida em plurais julgamentos, de que uma circunstância negativa gravíssima eleve a pena ao patamar máximo legal, obviamente em situações excepcionais. Aqui há um ponto de discordância importante em prol da rede de sentidos tecida neste ensaio. Não enxergo essa possibilidade, pela exigência que o dever de proporcionalidade impõe no exame quantitativo de cada

114 Entre outros julgados que demonstram isso: STJ, HC 281.646/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe de 16/03/2015; STJ, HC 447.247/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 26/06/20; STJ, HC 557.198/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 23/03/20; STJ, AgRg no HC 574197/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 08/06/20; STJ, HC 581345/SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 22/06/20.

circunstância judicial no conjunto do sistema trifásico. Essa interpretação acaba gerando um desconcerto interno. Veja-se que poucas qualificadoras e causas de aumento terão essa capacidade de elevação da pena concretamente. Uma circunstância judicial, entre sete que podem ser negativas, não pode determinar a pena-base máxima, se todas as outras forem neutras ou positivas, por exemplo. É preciso se estabelecer um limite aquém de 7/7, mesmo para uma circunstância judicial gravíssima, sob pena de se desconsiderar a influência das demais da definição do *quantum* da pena-base.

Já estabelecemos algumas bases, a despeito de se manter a pergunta final aberta. O referencial quantitativo leve está fixado em 1/7 na nossa proposta. Há a alternativa de se seguir a lógica da progressividade simples, mantendo-se a distância abstrata de peso com as circunstâncias legais e as causas de aumento e diminuição. Isso determinaria o grau médio em 1/6 e o grave em 1/5, sem prejuízo de alguma variação inter-referencial, na medida em que são pontos de partida, não destino final. Essa interpretação acaba estabelecendo o grau leve abstrato em fração inferior ao referencial inicial das circunstâncias legais, além de ter o grau médio correspondente ao menor montante fixado para as causas da terceira fase. Apenas a circunstância judicial qualitativamente grave é que pode ser abstratamente superior ao marco inicial das circunstâncias legais e das causas de aumento e diminuição, já que concretamente dependerá da quantidade da base de cálculo. Essa parece ser a construção mais coerente com os sentidos definidos ao longo desse trajeto, principalmente com os objetivos de coerência, proporcionalidade e igualdade material na individualização da pena.

Em última e sintética análise, a definição da pena-base passa necessariamente por duas avaliações: qualitativa e quantitativa. Naquela hipótese, sendo favorável ao condenado a circunstância, diminuirá a pena, limitado ao mínimo legal; sendo prejudicial, aumentará a pena, também limitado ao máximo legal; sendo neutra (sem valoração positiva ou negativa), não alterará a pena-base. No exame quantitativo, a circunstância positiva ou negativa tem como referencial médio 1/6; tendo o grau leve a circunstância, o referencial é 1/7; sendo grave o peso, o referencial é 1/5, podendo, em todos os casos, acontecer a movimentação inter-referencial, desde que fundamentadamente. O comportamento da vítima servirá apenas para beneficiar o réu quando for definido como circunstância positiva, mas atenderá o mesmo critério referencial, funcionando como uma causa *sui generis*. A pena deve partir do seu mínimo e as frações deverão ser calculadas sobre o intervalo entre a pena máxima e a pena mínima abstrata cominada para a infração penal, resultando na definição da pena-base, que será a base de cálculo para eventuais circunstâncias legais incidentes.

VI. Conclusão.

O final da linha talvez desperte um pesadelo em muitos. Abrir a caixa de pandora e deixar escapar supostos males da interpretação jurídica pode ser de difícil digestão, mesmo no mundo jurídico. Mostrar que níveis de discricionariedade na fixação da pena-base encontram forte eco na jusfilosofia contemporânea quiçá represente uma distopia. De certa forma, ainda temos a crença formalista não-cognitivista de magistrados reveladores da verdade legislativa. Uma alternativa, que é seguir a linha não-formalista dos sonhadores, encontra mais críticos do que seguidores, essa é a verdade. Afastar-se do formalismo e colocar pontos de interrogação sobre a resposta judicial de cada caso, por outro lado, é como um filme de terror a muitos sonhadores. De um lado ou de outro, cabe-nos construir argumentativamente a resposta correta dada pelo direito. A moeda deve ser colocado no bolso em prol do discurso.

O que se analisou e se buscou construir neste ensaio não é nenhuma novidade, trata-se de uma preocupação que vem ocupando espaço na jusfilosofia desde a década de 50 do século passado. Formular um guia que ofereça critérios para o desenvolvimento da razão prática é algo que vem sendo trabalhado por teorias discursivas. Os critérios aqui oferecidos, quantitativos e qualitativos, acabam bebendo de fontes realistas e não-cognitivistas da interpretação, estando o prólogo silencioso da resposta aqui defendida no meio destas vias, conduzido por viés argumentativo do direito. Agora, não espero que essa visão integradora resulte em algum consenso, “pois quanto mais aprendemos sobre direito, mais nos convencemos de que nada de importante sobre ele é totalmente incontestável”.¹¹⁵

O empreendimento parte de uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, do Estado de São Paulo e do Distrito Federal e Territórios. Identificam-se as metodologias utilizadas (fracionamento rígido e flexível, assim como a discricionariedade com e sem referencial), os seus prólogos silenciosos, bem como os problemas internos e externos que as diferentes interpretações geram. A partir desse arquivo de sentidos aberto, obviamente junto com as inspirações e críticas doutrinárias, montamos o quadro pintado ao longo dos anos, inclusive observando as perspectivas legais futuras. O que se propõe, para auxiliar na continuidade dessa obra intertemporal sobre a dosimetria da pena-base, absorvendo a avaliação qualitativa já estabilizada, essencialmente é o estabelecimento de referenciais quantitativos escalonados dúcteis para cada circunstância judicial, o que se alinha ao que interpreta o STJ em nível majoritário contemporaneamente, quanto ao referencial quantitativo flexível, mas ousa em criar uma escala triádica, para promover a coerência, a igualdade material e a proporcionalidade na individualização

115 DWORIN, Ronald. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 13.

da pena, respeitando o sistema trifásico. Observamos o arquivo do passado para escrever o presente, sem olvidar do que se apresenta para o futuro.

Espero que o meu sonho da resposta correta aqui vivido não se torne mais um pesadelo ao leitor nesta pandemia que enfrentamos, que mais parece um filme de ficção, mas sem o *spoiler* do final, o que é sufocante a todos nós, muito pouco pelas máscaras que precisamos utilizar. Que seja como o passarinho Quintana no seu Poeminho do Contra¹¹⁶, auxiliando-nos a superar alguns obstáculos jurídicos de forma leve, mesmo em um período difícil. É o que espero.

Referências Bibliográficas.

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Princípios formales. **DOXA**, vol. 37, p. 15-29, 2014.

_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. **DOXA**, vol. 5, p. 139-151, 1988.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. - 2. ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008,

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito – Teoria da Argumentação Jurídica**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 01/05/18.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br>. Acesso em: 01/09/2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

116 Todos esses que aí estão
Eles passarão...
Eu passarinho!

Atravancando meu caminho,

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4ª ed. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

CARVALHO, Salo de. Critérios para cálculo da pena-base: "ponto de partida", "termo médio" e regras de quantificação. **Revista dos Tribunais**, Vol. 978, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para Ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. Objectivity and Truth: You'd Better Believe It. **Philosophy and Public Affairs**, v. 25, n. 2, p. 87-139, spring, 1996. Disponível em: <http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-.pdf>. Acesso em: 05.03.2020.

_____. **O império do Direito**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The Model of Rules, **University of Chicado Law Review** 35 – 1967.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. **A Superação do Direito como Norma: Uma Revisão Descolonial do Direito Brasileiro**. São Paulo: Almedina Brasil, 2020

GARCÍA FIGUEROA, Alonso. La tesis Del caso especial y El positivismo jurídico. **DOXA**, vol. 22, p. 207-220, 1999.

GRECO, Luis; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. **Reforma da Parte Geral do Código Penal: Uma Proposta Alternativa para Debate**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/proposta-alternativa-reforma-parte.pdf>. Acesso em: 07.05.2020.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e Argumentar**. 1ª reimp. - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019

_____. **Nuevos estudios sobre la interpretación**. Traducción e presentación de Diego Moreno Cruz. Primeira edición. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2010.

HART, H. L. A. **American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Essays in Jurisprudence and Philosophy**, Oxford, Oxford University Press, 1983.

_____. The Ascription of responsibility and rights. Proceedings of the Aristotelian Society, n.º 49, p. 171-194, 1948-1949.

_____. **O Conceito de Direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. 8ª Ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

LUQUE, Pau. Los Desacuerdos Jurídicos desde la Filosofía. **DOXA**, vol. 36, p. 439-460.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **H. L. A. Hart**. Tradução Cláudia Santana Martins. Revisão técnica Carla Henriete Beviláqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MELLO, Claudio Ari. **A Leitura Moral da Constituição como Teoria da Interpretação Constitucional**. Em fase de elaboração.

_____. Verdade moral e método jurídico na teoria constitucional de Ronald Dworkin. In: STORCK, Alfredo; e LISBOA, Wladimir Barreto. **Normatividade & argumentação. Ensaio de filosofia política e do direito**. Porto Alegre: Linus Editores, 2013

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 7. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não é para Alexy. **Revista Direito e Práxis** Vol. 4, n. 7, 2013, pp. 343-367.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Ronald Dworkin: An Appreciation. NYU School of Law, **Public Law Research Paper** No. 13-39, 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2276009>. Acesso em: 20/10/2016.

A PEDOFILIA E SEU FÁCIL ALCANCE NA INTERNET

CAMILA SANTOS FRANCISCA DA ROCHA:

Acadêmica de Direito no Centro Universitário
São Lucas, em Ji-Paraná/RO.

CLAUDENIR DA SILVA RABELO

(orientador)¹¹⁷

Resumo: A pedofilia está presente desde o início da humanidade. Por muito tempo, a pedofilia era considerada uma coisa normal na sociedade, além de outros fins, as crianças eram vistas como um objeto para a perversão sexual. Historicamente as crianças sempre foram esquecidas pela sociedade, não possuíam direitos e nenhum tipo de proteção. Atualmente crianças e adolescentes estão amparadas pela legislação justamente por terem a sua fragilidade reconhecida, possuem direitos dos mais variados. Com os avanços benéficos das tecnologias e a transformações que aconteceram nas comunicações sociais em todo o mundo, há também uma preocupação em ordenar e controlar o fluxo de informações, principalmente pelo anonimato que esse espaço permite, contribuindo dessa forma com o aumento do cometimento de atos delituosos. O objetivo desse trabalho é mostrar como a legislação brasileira se comporta ao penalizar crimes já existentes, mas com os novos tipos de cometimento, como o caso da pedofilia na internet. Veremos que a legislação brasileira busca a proteção integral contra qualquer tipo de ato abusivo que possam causar danos as crianças e adolescentes.

Palavras-chaves: Pedofilia. Eca. Legislação. Internet. Facilidade.

Abstract: Pedophilia is present from the beginning of humanity. For a long time, pedophilia was considered a normal thing in society, in addition to other purposes, children were seen as an object for sexual perversion. Historically children have always been forgotten by society, had no rights and no protection. Currently children and adolescents are protected by legislation precisely because they have their fragility recognized, have rights of the most varied. With the beneficial advances of technologies and the transformations that have taken place in social communications around the world, there is also a concern to order and control the flow of information, mainly due to the anonymity that this space allows, thus contributing to the increase in the commission of acts offenses. The objective of this work is to show how Brazilian law behaves by penalizing existing crimes, but with new types of commitment, such

117 Professor de Direito Processual Penal no Centro Universitário São Lucas, em Ji-Paraná/RO

as the case of pedophilia on the Internet. We will see that Brazilian legislation seeks full protection against any type of abusive act that may cause harm to children and adolescents.

Keywords: Pedophilia. ECA. Legislation. Internet.

INTRODUÇÃO

A pedofilia está presente desde os tempos mais remotos da história da humanidade e tem provocado grandes transtornos a crianças no Brasil e no mundo todo. A palavra pedofilia (do grego, pedo+filia) significa perversão que leva um indivíduo adulto, homem ou mulher, a se sentir sexualmente atraído por crianças.

Segundo Marcelo Zaranski (2010), historicamente a pedofilia esteve presente em diversas culturas antigas, na quais havia uma permissão entre os povos que aceitavam a relação sexual entre adultos e crianças, inclusive com pessoas do mesmo sexo. Na Grécia antiga, os as cerimônias eram interligadas a iniciação sexual, magia, crença ou até mesmo curas médicas, onde a prática do ato sexual entre o mais velho e o mais jovem era considerada pela sociedade uma coisa normal, sendo que na maior parte dos casos ocorriam com pessoas do mesmo sexo, principalmente entre os homens. A intenção dessa prática entre homes, era para a iniciação do jovem na fase adulta e para as mulheres, que pudesse engravidar. Mas ao longo dos tempos esse conceito foi sendo combatido e reprimido.

A pedofilia até alguns anos atrás, encontrava-se entre os pequenos grupos, era um tema enrustido, não muito divulgado, mas isso não significa que ela não existia. Pelo fato de ser um ato desprezível por todos na sociedade, os pedófilos, eram mais contidos, tinham mais cuidado ao abordarem suas vítimas, pelo fato de que essas abordagens aconteciam na maioria de suas vezes em locais públicos, como nas escolas, clubes ou em praças.

Atualmente com a revolução da internet, e a transformação que ela causou na convivência dos indivíduos na sociedade, criando utilidades para facilitar o cotidiano das pessoas, ao mesmo tempo criou "esconderijos" virtuais para a prática de diversos atos condenáveis, como a pedofilia e a pornografia infantil.

O computador e a internet se torna uma ferramenta para facilitar a ação dos pedófilos, e passa a ser usados para a inserção e divulgação do seu material, comunicando-se com várias pessoas que compartilham do mesmo interesse, facilitando assim a ação dos criminosos.

Dessa forma os pedófilos propagam-se na internet, inserindo e compartilhando seus materiais, suas práticas roubando a inocência de suas vítimas.

Existem vários pensamentos a respeito desse tema tão complexo e polêmico em relação à legislação. Foram criados diversos mecanismos para que o direito das crianças afetadas fosse tutelado pelo Estado. Ainda existe muita coisa que precisa ser adequada à realidade da sociedade atual. Mas o que será exposto nesse trabalho é a atual situação da legislação em relação às pessoas que cometem os crimes associados à pedofilia na internet e as medidas a serem tomadas pelo legislador.

A aplicação dessa pesquisa se deu de forma a analisar conteúdos relacionados ao tema através de livros, arquivos em PDF, conteúdos disponibilizados na internet e com o auxílio de pessoas capacitadas para falar sobre o assunto.

O presente trabalho foi formulado com conceitos de renomados pesquisadores da área do Direito, levando em conta a aplicação da lei penal com os casos concreto.

O interesse no tema ocorreu devido as atuais matérias divulgadas pelos principais meios de comunicação midiáticos e pelo fato de haver uma lacuna entre a sociedade e a aplicação penal, uma vez que há um equívoco de conceitos quando falamos em pedofilia e pedófilo, visto que o objetivo é explicar a diferença entre os que cometem crimes por mero capricho e os que são considerados como um desvio de caráter.

Diante desses expostos, esse trabalho tem por objetivo tratar, com especial dedicação a pedofilia e a pornografia infantil vinculada à internet, através de uma pesquisa exploratória a partir de fontes secundárias com revisão de literatura bibliográfica com resultados qualitativos.

1 PEDOFILIA E O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ECA).

1.1 DA PEDOFILIA

A pedofilia, segundo a OMS – Organização Mundial da Saúde e com a CID – Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, seria um transtorno psicológico, uma forma doentia de satisfação sexual, uma perversão, um desvio sexual que leva o indivíduo, adulto ou adolescente, a se sentir atraído e/ou estimulado sexualmente por crianças pré-púberes ou no início da puberdade.

O pedófilo verdadeiro é um transtornado mental e o reconhecimento de tal transtorno está, inclusive, previsto no Cadastro Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde, na sessão F60-F69 que trata dos “Transtornos da personalidade e do comportamento do adulto”, especialmente na sessão F65.4, do seguinte modo: “F65.4 Pedofilia Preferência sexual por crianças, quer se trate de

meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.”

A pedofilia causa uma grande repulsa à sociedade, sendo que no entendimento de Sandro D’Amato Nogueira, não é propriamente um crime, mas sim um desvio sexual, porém passa a ser punido quem, em razão da atração sexual, pratica alguma conduta sexual envolvendo crianças ou adolescentes.

“Uma parafilia na qual a atração sexual do indivíduo adulto está dirigida primariamente para crianças pré-púberes ou ao redor da puberdade. [...] A pedofilia por si só não é crime, mas sim um estado psicológico e um desvio sexual. A pessoa pedófila passa a cometer um crime quando, baseado em seus desejos sexuais, comete atos criminosos como abusar sexualmente de crianças ou divulgar ou produzir pornografia infantil. (NOGUEIRA, 2008, p. 97)”.

Para a psicologia, a pedofilia é um grande desvio, e, portanto, algo que leva o indivíduo a agir fora dos padrões da normalidade, podendo inclusive, chegar ao estado de semi ou inimputabilidade. Conforme essa assertiva, nos casos de desvio comportamental em caráter doentio, a pedofilia se torna uma excludente de culpabilidade, conforme artigo 26 do Código Penal:

“(…) Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)”.

O denominado pedófilo estruturado se encaixa perfeitamente nesse contexto, uma vez que, ao manter contato sexual com uma criança ele não percebe a diferença entre os dois, tanto físicas como psicológicas, pois não é capaz de entender e nem medir os malefícios que aquela prática causa na criança.

O pedófilo é um indivíduo com sexualidade comprometida que diferente do que muitos pensam, não está agindo dessa forma para satisfazer o seu libido com criança, mas no seu ponto de vista distorcida, satisfazer a vontade da própria criança.

Sem dúvida, esse é o principal ponto de diferenciação entre o pedófilo denominado estruturado e o pedófilo considerado oportuno, pois o primeiro não tem ciência que os seus atos podem causar a vítima, sendo assegurado a aplicação

de medida de segurança e ao segundo a reclusão em obediência ao artigo 96 e seguintes do Código Penal.

Dessa forma, a medida de segurança é a mais indicada levando-se em consideração do fato de que nos casos de pedofilia praticamente não existe recuperação plena, sendo essa aplicação de acordo com o art. 97 no seu parágrafo primeiro, onde a medida de segurança será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade.

(...) Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Prazo

1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Perícia médica

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Na reclusão, o indivíduo permanecerá por tempo de sua pena afastado da sociedade, porém, após cumpri lá certamente voltará a delinquir.

Os pedófilos só se tornam agressores sexuais quando convertem as suas fantasias em atos reais, porém, nem todos assim fazem. Por outro lado, não são todos aqueles que agredem sexualmente de crianças são pedófilos no sentido clínico. Por isso, tecnicamente, é mais adequado usar o termo agressor sexual, para descrever indivíduos que praticam atos sexuais com crianças.

A pedofilia é um tema controvertido. Pedófilo é aquele indivíduo que tem atração exclusivamente por crianças, que são classificados como "permanente". Também há aqueles que apresentam os sintomas quando estão diante de situações

estressantes, sendo considerados como “regressivos”. Também existem aqueles que molestam crianças sem fins estritamente sexuais.

Em nossos dias a pedofilia, mais do que nunca, constitui fonte de grande preocupação em diversos segmentos da sociedade.

O que vale ressaltar é que a lei não foi criada para punir o inimputável, mas sim o imputável assolado por sua perversão consciente e que compreende o caráter ilícito dos seus atos, podendo agir de outra forma. Tendo este pensamento em mente, é importante compreender o impacto que esse tipo de situação pode causar no campo processual penal, tendo como base o instituto da Inimputabilidade Penal e os seus resultados no julgamento do indivíduo que comete o crime.

Desde o início, a história está repleta de indivíduos abusadores que ao voltar ao convívio da sociedade retornam a praticar crimes, abusando cada vez mais de crianças, pois sofrem de transtorno mental, não sendo a cadeia o local responsável pela recuperação desses indivíduos que sofrem deste transtorno, principalmente pela atual situação do sistema prisional nacional.

1.2 O ECA e os crimes virtuais contra crianças e adolescentes

Com o recente advento da internet e o aumento significativo da acessibilidade às tecnologias, como notebooks, smartphones e tablets, muitos crimes já existentes em nosso ordenamento, como a pedofilia, acabaram se potencializando na web, propiciando assim o aparecimento de novos tipos de crimes e de novas formas de praticar os já existentes, surgindo dessa forma os crimes de informática, que é aquele praticado contra o sistema de informática ou através deste, compreendendo os crimes praticados contra o computador e seus acessórios e os perpetrados através do computador, incluindo os delitos praticados na internet.

Mas existe uma problemática recente, em relação à pedofilia na web, que vem causando diversos problemas para a sociedade, por alguns motivos, como a falta de legislação específica ou pela rapidez com que a informação se propaga, o que fica cada vez mais difícil para a capitulação e a identificação dos agentes causadores dessa modalidade de crime.

A legislação e o sistema de busca e apreensão até então existentes tiveram que ser adaptados ou até modificados para que fosse possível acompanhar e tutelar as “novas formas de crimes” já conhecidos. Mesmo com os avanços tecnológicos já obtidos, ainda há muito que se fazer para acompanhar os avanços e a velocidade dos criminosos virtuais.

Segundo Carla Rodrigues Araújo de Castro que nos fala sobre a falha na legislação aplicável aos crimes de informática:

“Nos crimes praticados através da informática, ou seja, tipos antigos, nos quais o agente utilizava a informática como meio de execução, como instrumento de sua empreitada, não há dificuldades. O crime é o mesmo previsto em sua origem, a forma de execução é que inovou, por exemplo, uma ameaça feita pessoalmente não se distingue na tipicidade de uma ameaça virtual.

O problema surge em relação aos crimes cometidos contra o sistema de informática, atingindo os bens não tutelados pelo legislador, como dados, informações, sites, e-mails... São condutas novas que desenvolveram junto com a nossa sociedade razão pela qual o legislador de 1940, época do Código Penal, não pode prever tais tipos penais. (CASTRO, 2003. p. 217)”

A pedofilia é um dos atos praticados contra crianças e adolescente que causa mais revolta na sociedade. É inaceitável que crianças e adolescentes tenham que se submeterem ao constrangimento para satisfazer o desejo doentio de pessoas imorais ou até mesmo com distúrbios emocionais, subtraindo da criança e do adolescente o que ele tem mais de importante, que é a inocência e a infância.

Contudo no âmbito jurídico, a pedofilia é conceituada, de acordo com o ECA – Estatuto da Criança e Adolescente, e pelo CP – Código Penal, como abuso sexual de crianças e adolescente.

A constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, estampa os direitos das crianças:

“É dever da Família, da Sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade à vida, à saúde, à alimentação à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão”

Com o mesmo sentido, o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), vem para reafirmar essa proteção:

“A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que se trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei, ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facilitar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade.”

Atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, não existe a tipificação legal para a pedofilia, logo o pedófilo será criminalmente enquadrado nos crimes previsto no Código Penal Brasileiro, como o estupro vulnerável e o atentado violento ao pudor, além dos crimes sexuais contra vulneráveis: art. 217-A do CP;

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

"...Partimos do seguinte ponto básico: o legislador, na área penal, continua retrógrado e incapaz de acompanhar as mudanças de comportamento reais na sociedade brasileira, inclusive no campo da definição de criança e adolescente. Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário (NUCCI, 2015, p. 865)".

O artigo 218 do CP introduz no ordenamento jurídico o induzimento de menor de 14 anos a satisfação da lascívia de outrem, segundo André Vinicius Toletino (2010, p.1), o legislador alterou o antigo crime de corrupção de menores, que gerava grande polêmica para os legisladores, subentende-se que pelo fato da prática do crime o menor já está corrompido, por isso não se devia falar em corrupção de menores.

Corrupção de menores

Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de

vulnerável. (Redação dada pela Lei nº 12.978, de 2014)

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Incorre nas mesmas penas: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009).

Como princípio norteador dos direitos das crianças e adolescentes, o princípio da proteção integral, nos mostra a ideia que as crianças e adolescentes não são objetos de proteção, mas sim sujeito de direito, merecedores de uma proteção diferenciada, pelo fato de estarem em condição de desenvolvimento biopsíquico.

Contudo, a proteção deve ser total, garantido às crianças e adolescentes todos os direitos fundamentais capazes de garantir a dignidade infanto-juvenil, colocando-as a salvo de toda e qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Até 2008, o Brasil estava dividido, não possuía nenhuma legislação específica para criminalizar as ações dos agentes que praticavam os crimes de pedofilia virtual, e por outro lado não conseguia punir certas condutas que estavam ligadas a pornografia infantil virtual, pelo fato de não existir tipificação legal para criminalizar o fato.

A legislação brasileira não pode tipificar como crime os desejos sexuais por crianças, mas sim as formas com que esses desejos são divulgados, como o delito de produção de cenas com crianças e adolescentes em cenas de nudez ou sexo explícito, a divulgação de cenas no mesmo sentido na internet ou o armazenamento e registros de cenas pornográficas contendo crianças e/ou adolescentes.

O Direito Penal não tem como interferir na preferência sexual de cada indivíduo, desde que isso seja de forma íntima, fantasiar situações sexuais não é crime, pois a fato ou ato criminoso não se explicitou. A explicação para esse fato é a impossibilidade do Estado controlar pensamentos e vontades. Esse tipo de situação gera somente uma alternativa, uma necessidade de se coibir tais atos de forma externa através da prevenção, cuidando-se primeiramente da possível vítima para evitar um ato lesivo.

Na promulgação do Estatuto da Criança e Adolescente havia somente dois tipos, o artigo 240, que previa punição para a atividade de produção ou direção de peça teatral, televisiva ou cinematográfica que se utiliza de criança ou adolescente em ato de sexo explícito ou pornográfico e o artigo 241, que punia quem fotografava ou publicava cenas de cunho sexual com crianças e adolescentes.

Os dois tipos eram punidos com reclusão de um a quatro anos.

A primeira grande mudança ocorreu em 2003, quando o legislador, preocupado com os avanços tecnológicos e com a rede mundial de computadores modificou os artigos. No primeiro caso, o legislador ampliou a abrangência das espécies de produções ou direções, acrescentando o fato de fotografar e qualquer outra forma de produção de meio visual que utilize crianças ou adolescentes, e também incluiu de forma idêntica para os casos em que a peça gerasse constrangimento ao menor. Também foi incluso como típica a conduta de contracenar nessas hipóteses.

No segundo caso o antigo artigo sofreu alterações mais abrangentes, o verbo "fotografar" foi substituído pelo verbo "produzir", que atua de forma mais abrangente, podendo assim ser aplicado em diversos casos. Acrescentou-se também novas condutas, quais sejam, "apresentar", "vender", "fornecer" e "divulgar", todos relacionados a divulgação de cenas ou imagens de crianças e adolescentes envolvidos em sexo explícito.

O artigo 241 manteve o verbo "publicar", mas atentou-se as mudanças tecnológicas e de quebra ainda trouxe o uso da Internet ou de qualquer outra forma de rede mundial de computadores como forma mais comum de troca dos materiais mencionados. As sanções permaneceram as mesmas, com pena privativa de liberdade, na forma de reclusão. A mudança ocorreu no tempo de aplicação sanção, houve uma duplicação na pena mínima, que passou a ser de dois anos e um aumento de cinquenta por cento na aplicação da pena máxima, que passou a ser seis anos. Com o artigo 240, no seu parágrafo segundo, houve a criação da modalidade de pornografia infantil qualificada, legislando de modo mais grave as condutas cometidas com o intuito de lucro ou vantagem patrimonial e as condutas cometidas por agentes em privilégio de seu cargo ou função, com reclusão de três a oito anos.

Com a lei 11.829/08, houve a segunda reforma, que mais uma vez modificou os artigos supracitados. O artigo 240 teve seu caput mais uma vez alterado, abrangendo cada vez mais os tipos penais cometidos. Os verbos "reproduzir", "fotografar", "filmar por qualquer meio" ou "registrar por qualquer meio" passou a acompanhar os núcleos "produzir" e "dirigir", sempre no que se refere às cenas de sexo explícito ou pornografia envolvendo criança ou adolescentes, foi removido desse contexto a expressão "cena vexatória", que se entende que não há necessidade de informar que o ato é vexatório, uma vez que por si só já se é capaz de saber que aquela atitude é vergonhosa.

Com a nova lei a vantagem patrimonial do delito qualificado deu lugar à forte punição na intermediação ou participação com ou sem vantagem do agente. Na substituição do delito qualificado, foi incluído causa obrigatória de aumento de 1/3 no montante fixo para os casos considerados mais graves, como nos casos de prática sexual com crianças e adolescente prevalecendo-se das relações domésticas, de coabitação ou hospitalidade; no exercício de cargo ou função pública ou com a desculpa de exercê-lo; por adoção, do tutor, do curador, preceptor, empregador da vítima ou de quem, a qualquer outro título, tenha autoridade sobre ela, com ou sem o consentimento.

Dessa forma, o legislador optou por escolher as espécies mais lesivas para a criança e ao adolescente, certo que para a consumação do crime nessas circunstâncias, o agente utiliza-se da confiança que lhe é atribuído, a hospedagem, o parentesco, que na maioria das vezes, existe uma relação próxima desde seu nascimento, o respeito ou temor que a criança e adolescente possui pelo indivíduo mais velho e a moralidade da administração pública, que por muitas vezes está interligada com o desenvolvimento social da criança e do adolescente.

Houve também alteração na pena mínima, de 50 por cento, passando de quatro anos e a pena máxima para oito anos, um aumento de 1/3, juntamente com a pena cumulativa de multa, que vem desde a criação do Estatuto.

Com a alteração de 2003, o artigo 241 sofreu várias modificações em relação ao artigo original, do ECA de 1990, o que o tornou complexo, surgindo novos tipos penais. Com a reforma de 2003, houve uma mudança radical em relação ao núcleo do artigo, somando novos termos decorrentes das tecnologias desenvolvidas no decorrer dos anos. A principal ideia é punir as condutas que envolvam a produção, a apresentação, a venda, o fornecimento e a divulgação de qualquer material que envolvam pornografia ou cena de sexo explícito de crianças e adolescentes.

Finalmente, pressionada e impressionada pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Pedofilia (CPI da Pedofilia), como foi chamada, conseguiu a aprovação da lei em questão, o que trouxe muitas modificações.

Com esse pensamento, o legislador foi além da tipificação das condutas da venda e exposição de materiais, como fotos e vídeos, contendo pornografia ou cenas de sexo explícito com crianças e adolescentes, atingindo dessa forma as condutas puníveis dos indivíduos que se utilizam da rede de computadores ou qualquer outra espécie de registro inapropriado.

Isso ocorre porque em muitos casos não existe a divulgação gráfica completa do material inapropriado, mas somente alguns trechos dos arquivos, que por si só, graficamente não significa nada, mas que após o *download* de todos os trechos é que temos a reprodução multimídia com a presença de crianças e adolescentes. Nessa hipótese de venda de material fragmentado, entende-se que ocorre o fato atípico, mas que mesmo com as formas inventadas para esconder as suas ações, os agentes ainda podem ser punidos.

Segundo Spencer Toth Sydow:

“No mesmo sentido, inovou o legislador em equivaler a conduta do 241 “caput” àquele que “assegura os meios ou serviços para o armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas” bem como àquele que “assegura, por qualquer meio, o acesso, na rede mundial de computadores ou internet, das fotografias, cenas ou imagens produzidas”, respectivamente incisos II e III do §1º do artigo 241. Ocorre que, por força do parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, não havendo disposição expressa na lei, o delito equiparado em tela somente existirá na modalidade dolosa (TOTH, 2009, p.51)”.

Em resumo, significa que os serviços informáticos de armazenamento, como os provedores e *lan house*, não poderão ser responsabilizados penalmente por imprudência ou negligência sobre o controle dos conteúdos e informações acessadas por falta de previsão legal. Nestes tipos de casos só poderão ser responsabilizados penalmente se comprovado que houve a intenção assegurar ou facilitar a utilização de seus serviços para o cometimento das condutas aqui descritas como criminosas.

"Sabe-se que os serviços em questão são amplíssimos; dessarte, a forma como a legislação se estabeleceu – e incluíamos o tipo de assegurar o acesso à rede no mesmo sentido – leva a uma situação de difícil punição, tendo-se em vista que fica praticamente impossível a demonstração fática de que um serviço de hospedagem ou um web café tiveram o dolo, ainda que eventual, de desviarem-se de seus propósitos comerciais regulares para prestarem serviço à perversão sexual. Conseguirá, o judiciário, no máximo demonstrar que deixou o prestador de serviço de tomar certas diligências – como fiscalização da navegação do consumidor, fiscalização do material particular do consumidor do serviço de hospedagem de site ou disco virtual, cadastro do consumidor, varredura de arquivos movimentados durante os usos, aplicação de ferramentas restrições a certos sites, etc – para evitar que tais delitos ocorressem através de seus sistemas. Caso contrário, ficará o magistrado de mãos atadas e será obrigado a absolver o estabelecimento (TOTH, 2009, p.51)".

Com as reformas e alterações que ocorreram no ECA, criou-se um novo tipo especial no artigo 241, que é o cometimento do delito prevalecendo-se do exercício de cargo ou função e o cometimento do delito para obter para si ou para outrem vantagem econômica, sendo considerados como qualificadoras. Como esplaná Spencer Toth Sydow:

"... Aliás, é assim que ocorre no artigo 240, em que os especiais casos (inclusive o exercício do cargo ou função, mas nesse caso públicos) geram causa de aumento de pena. Assim também era no antigo parágrafo segundo do artigo 240 antes da promulgação da Lei 11.829/08: havia delito qualificado e a pena aumentava de dois a seis anos para três a oito anos, ambos de reclusão. Porém, a pena mínima para os delitos do parágrafo segundo do artigo 241 é de três anos, concluindo-se que o legislador acreditou que a venda ou exposição de material

fotográfico por agente que se prevalece no cargo ou função ou por agente que visa obter vantagem patrimonial é menos grave do que a conduta praticada sem o intuito de obter vantagem patrimonial ou não estando em exercício do cargo ou função. A nós, parece uma teratologia e uma violação ao Princípio da Proporcionalidade (TOTH, 2009, p. 52)".

Segundo Yuri Giuseppe Castiglione (2016), o artigo 241-A criminaliza a divulgação de imagens contendo cena de sexo explícito ou pornografia de criança ou adolescente por qualquer meio de comunicação. Incorre no mesmo crime, qualquer indivíduo que de qualquer forma assegurar ou facilitar os meios para garantir o armazenamento desse tipo de material em *sites* ou *blogs*. Vale frisar que o simples armazenamento e a existência de páginas eletrônicas na internet com esse tipo de conteúdo é o suficiente para caracterizar a infração penal.

"O artigo 241-A determina que as ações de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, efetuadas por qualquer meio e envolvendo peças gráficas ou registro com crianças ou adolescentes em cenas pornográficas merecem pena de reclusão de três a seis anos. O tipo assemelha-se muito ao seu antecessor. Isso porque os verbos utilizados terminam por ser muito parecidos ou serem consequência da conduta anterior, especialmente quando se leva em conta a predominância do meio informático nas condutas. Assim, exemplificativamente, não vislumbra a venda de material pornográfico intanto-juvenil sem prévio oferecimento, divulgação ou publicação (ainda que restrita) (TOTH, 2009, p. 53)".

Outra mudança significativa, segundo Yuri Giuseppe Castiglione (2016), foi introduzida pelo artigo 241-B, que traz como típica a conduta de quem compra, tem posse ou guarda o material pornográfico que tenham cenas que envolvam crianças e adolescentes.

A intenção do Estado não criminalizar é a fantasia que o indivíduo pode ter, mas sim prevenir que esse tipo de fantasia se torne realidade e acabe gerando um mal maior à sociedade.

"O artigo 241-B é preocupante, de constitucionalidade duvidosa e viola princípios como o da Ofensividade e da Presunção de Inocência. Pela tipificação, gerará punição a conduta de adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer

meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Mesmo que o indivíduo não tenha qualquer intuito de divulgar, trocar, publicar, comercializar o material obtido, mesmo que o indivíduo não tenha produzido, participado, dirigido a peça, a mera conduta de curiosidade ou interesse pela sexualidade perversa, gerará o poder de punir ao Estado. (TOTH, 2009, p. 53)”.

Segue o autor inconformado, com a redação do artigo e, que para ele, violador de princípios básicos:

Apesar de compreendermos o intuito do legislador, discordamos. Não cremos que a teoria criminológica da associação diferenciada seja capaz de, por si só, explicar o fenômeno criminoso. Pessoas que convivem (quicá até sem conhecer tal preferência do colega) com a pedofilia ou a perversão sexual, não necessariamente tornam-se perversas. Assistir filmes de terror não torna o espectador um homicida. Não acreditamos que o Direito Penal seja instrumento apto para controle de pensamentos ou preferências bem como não cremos que o direito de obter informações possa ser restringido (TOTH, 2009, p. 54 55)”.

Seguindo a linha de pensamento de Yuri Giuseppe Castiglione (2016), o artigo 241-C também é revolucionário e polêmico, pois o mesmo criminaliza a montagem, falsificação ou alteração de imagem e/ou vídeo que simule a participação de crianças ou adolescentes em ato pornográfico ou de sexo explícito.

"O artigo 241-C, também preocupa, pois torna típica a ação de simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual, apenando o agente com um a três anos de reclusão e multa. O direito penal passa a considerar relevante e penalmente punível a conduta que não utiliza criança nem adolescente, mas insinua a participação, em cena de sexo explícito. Afrontando o Princípio da Ofensividade – pois não há vítima direta nem violação de bem jurídico material per si – torna punível a conduta de criação de

pseudomídias, restringindo a liberdade de expressão, a produção artística, a produção literária e assim por diante. O tipo não discrimina qualquer tipo de mídia, englobando fotografia, vídeo ou qualquer representação visual (leia-se, escultura, livros, quadros, revistas, gibis, etc) e cria uma nova regra na sociedade: há possibilidade de restrições de criação e, pois restrições no direito de informar (TOTH, 2009, p. 55)"

Por fim, Yuri Giuseppe Castiglione (2016), diz que o artigo 241-D tem como função censurar o assédio as crianças e adolescentes como forma de prevenção aos crimes de estupro e de atentado violento ao pudor. Esse instituto visa punir aqueles que visam a aliciação, o assédio, instiga ou constrange criança para que com isso ela pratique o ato sexual. Se a intenção do agente é somente facilitar ou induzir a criança para que ela acesse o material pornográfico ou com cena de sexo explícito, para que com isso consiga realizar seus atos libidinosos, será aplicado a essa pessoa a mesma punição do caput do artigo. Responderá também pelo mesmo crime o indivíduo que assediou criança com o fim de induzi-la a exibir-se de forma pornográfica ou sexual explícita. Para a caracterização do delito, não é necessário a exposição da criança ou adolescente, basta apenas a ocorrência do assédio.

"O artigo 241-D também nos parece desvirtuar as funções do Direito Penal. Partindo-se da concepção de que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco assim como o mundo real, mas potencializado, cabem aos pais buscarem restringir o uso da informática quanto a seus filhos. Há notoriedade acerca do fato de que conteúdos pornográficos de todos os estilos permeiam a rede. Assim, a criança ou adolescente que ingressa em ambientes de sexualidade exacerbada como salas de bate-papo e comunidades virtuais será, como qualquer outro usuário, assediado e instigado. A anonimidade virtual leva o delinquente a buscar satisfação de sua sexualidade ou sua fantasia e a presença da criança em certos ambientes com consequente ofensa chega a poder ser interpretada como uma concorrência de culpas: do ofensor e do genitor que não cumpriu com deveres de cuidado quanto a seu filho. Certamente que o intuito do legislador não foi o de punir todo e qualquer aliciamento no intuito da prática de ato libidinoso com menor, mas punir os atos preparatórios de um possível atentado violento ao pudor com violência

presumida, reduzindo as chances de execução do delito (TOTH, 2009, p. 56)".

Com o advento da implantação da reforma nos artigos 240 e 241, introduzidos pela Lei 11.829/08, houve uma maior punição para os atos praticados pelos pedófilos, o que até então não era possível a sua punição no ordenamento jurídico brasileiro. Mas apesar de todo o esforço do legislador para tentar coibir a pratica desses atos, somente surgirá efeito quando houver a criminalização de determinadas condutas praticadas por pessoas que agem de más intenções, praticando a pedofilia. Mas só esses fatos não são suficientes, é necessário uma reforma mais profunda e ampla na sociedade brasileira, como por exemplo, mais investimento na prevenção, no social e na educação.

É normal o fato de algumas pessoas confundirem a pedofilia a pornografia, realmente não é algo muito fácil de se entender, apesar de serem coexistentes, não significa que são a mesma coisa.

Conforme conceito de Spencer Toth Sydow, a pornografia pode ser classifica como:

"A palavra pornografia advém do grego "pornographos", e tem significado literal de "escrito que tem por argumento a meretriz" ou "escrito sobre a prostituição". Certamente este conceito em nada se aproxima do que procuramos apresentar neste trabalho. A conduta pornográfica envolvendo adolescentes ou crianças e que o legislador buscou coibir em nada se aproxima com a ideia de prostituição. Com as reformas ocorridas na ECA, o que se houve foi a criminalização da pornografia infantil em todas as formas de produção, comercialização e os demais núcleos que a compõem quando nos referimos a pratica pornográfica do ato sexual explícito, enquanto na pedofilia, há o desejo pela criança ou adolescente, chegando ao ponto de ter com ele relações sexuais (TOTH, 2009, p. 56)".

Basicamente, o ECA tutela a proteção contra a pornografia e a sua divulgação, comercialização e outros núcleos que formam o tipo penal, e não propriamente a pedofilia, apesar de estarem quase sempre ligadas.

Ao analisarmos a realidade da população brasileira, não é muito difícil de entender que somente a criação de normas rígidas são o suficiente para solucionar os problemas de pedofilia e exploração sexual, de crianças e adolescentes, O que é

realmente necessário são os avanços nas políticas públicas de enfrentamento e prevenção. É necessário a união dos poderes com a sociedade. Para que o combate a essas práticas seja realmente efetivo, é preciso melhorar e efetivar o sistema para dificultar que esse tipo de ação passe impune, como o maior controle na prestação de serviços e a fiscalização aos grandes grupos de tecnologias e mídias sociais que são detentoras que sites e aplicativos conhecidos e utilizados nacionalmente.

"O que ocorre é que a rede mundial de computadores é um ambiente de risco, em especial no que se refere ao conteúdo rotulado como impróprio para menores, tendo-se em vista ser composta 65% (sessenta e cinco por cento) por sites de conteúdo erótico, de simples acesso e conteúdo comumente livre. As crianças tão enfática e corretamente protegidas pelo legislador estão desenvolvendo um sentido de tolerância a certas pornografias, deixando de se incomodar com uma série de atividades prejudiciais a seu desenvolvimento. O direito à liberdade de expressão (e o direito de informar) permite que se insira na rede qualquer modalidade de material, sem restrições. Sequer classificações indicativas são exigidas por parte do Ministério da Justiça Brasileiro¹⁰, pela impossibilidade de se fiscalizar sites frente a um meio de comunicação tão dinâmico, por falta de órgãos de controle, e até mesmo por ausência de legislação adaptada às modernidades aliado a um conceito surgido na criação da rede mundial de computadores de liberdade máxima e auto regulação (TOTH, 2009, p. 59)."

Com a utilização do termo pornografia infantil, a ideia que nos passa é de que a sociedade está somente se preocupando com o ampara à crianças de até 13 anos, que na visão geral, devido ao uso de perversões sexuais, podem ser contaminada e desviada de seu caminho.

Seguido nesse caminho, a edição de leis cheias de textos legais e repletas de direitos e liberdades, não asseguram que as crianças e os adolescentes possam gozar de seus direitos básicos, garantidos pela Constituição Federal de 1988, que é a liberdade, ou que tenha seus direitos protegidos contra os ataques de pessoas que se utilizam de má-fé.

É necessário deixar de lado o comodismo e acreditar que é possível viver em uma sociedade onde todos respeitam os direitos, onde todos os indivíduos, crianças ou não possam se desenvolver sob a tutela de uma legislação ativa e confiável.

Apesar de não existir tipificação do crime de pedofilia em nosso ordenamento jurídico, a legislação brasileira vem sendo elogiada por diversos pesquisadores renomados mundialmente, principalmente pela inovação e pela profunda preocupação com a proteção e as garantias dos direitos das crianças.

1.3 Não se pode esculpir a culpa só na família

Com o avanço das tecnologias na área de informática, como as facilidades alcançadas pelo uso computadores, e principalmente da internet, houve uma grande revolução nas relações sócias dos indivíduos, transformando a vida moderna.

Infelizmente o acesso à informática e tecnologia, que possibilitam as crianças a terem mais acesso a aprendizagem e expansão de seus horizontes, estando em contato com diferentes culturas e modos de vidas, também podem ocasionar exposição à uma série de perigos.

As crianças e pré-adolescentes tem interesses e curiosidades sobre a sexualidade, visto que nos dias atuais, o apelo sexual está presente em diversas áreas do cotidiano, por conta disto podem acabar acessando materiais pornográficos ou conversando em salas de chats ou aplicativos a respeito do assunto.

Comumente crianças e principalmente os pré-adolescentes não fazem ideia do risco que podem estar correndo, ou se sabe, não possuem as mesmas intenções dos pedófilos, que tentam mostrar que o sexo entre adultos e crianças é algo absolutamente normal.

Mas a pedofilia na internet não é apenas um problema causado pelas pessoas que praticam e compartilham esse tipo de ato. Parte do problema também está relacionada à dificuldade com que as famílias lidam com o caso, tanto com relação ao uso da internet, como a sexualidade infanto-juvenil.

Na maioria dos casos, os cidadãos permanecem desinformados perante a questão das vicissitudes do desejo da pedofilia, seja pelo tabu e vergonha social que inibem a investigação ou com a dificuldade dos pais de lidarem com as manifestações da sexualidade infantil.

O que ocorre muitas vezes é negligência, a falta de gerenciamento, de atenção, de intervenção dos pais aos conteúdos acessados pelas crianças na internet. Sabe-se que é impossível proteger totalmente a criança dos riscos on-line, somente

se houvesse uma proibição do uso da internet, o que comprometeria o desenvolvimento do futuro, uma vez que se faz necessário o conhecimento técnico e de informática.

O que se busca é uma censura e uma verificação mais rígida, por parte dos pais ou responsáveis legais, para o acesso ao conteúdo on-line. À medida que os pais ampliam o controle sobre o que se pode acessar, os pais ou responsáveis limitam as informações em geral, tanto boas como ruins. Cada família tem seus valores e, no seio da família, cada criança precisa de níveis diferentes de proteção e acompanhamento.

CONCLUSÃO

Este trabalho não tem como objetivo a pedofilia em si, nem ajudar na defesa das pessoas que cometem os crimes supracitados relacionado a pornografia infantil. O que se busca são análises, opiniões e interpretações relacionadas ao Direito Penal em relação aos crimes já existentes, mas com as novas formas de cometimento. O que se busca é a proteção de crianças e adolescentes, respeitando dessa forma a preocupação com os diferentes estágios de maturidade e a evolução da vida humana dos indivíduos que compõem a sociedade.

O que precisa ficar bem claro é o correto uso das expressões e nomenclaturas. Não existe crime quando há somente o desejo ou fantasia com crianças e adolescentes. Com o desenvolver do trabalho, fica nítido que não existe crime de pedofilia no ordenamento jurídico brasileiro. O que existe é a tipificação da pornografia infantil divulgada na internet.

Independente das expressões, que são na maioria das vezes usadas de forma errôneas, o operador do direito não pode se deixar enganar ou até mesmo se deixar levar pela comoção que se cria ao redor de cada caso, tendo a obrigação de primar pela correta linguagem e correta aplicação no caso concreto. É incorreto e impreciso chamar os artigos 240 e 241 de pedofilia, sendo que o mais correto seria a proteção contra a pornografia infantil vinculada à internet.

Com o passar dos anos, as tecnologias e a facilidade para acessar a rede mundial de computadores invadem os lares das famílias brasileiras, tornando-se quase impossível a não utilização desses meios. Cada vez mais precoce, os jovens têm dominado as tecnologias e em muitos casos navegam por lugares desconhecidos em busca de material e informações que tanto buscam, no caso em tela, o sexo.

Sociologicamente os valores morais e éticos são alterados de acordo com o ambiente e com a influência dos meios onde vivemos. O fato da pornografia na

internet ter se tornado algo comum, vai gerar a juventude acostumada a lidar com as situações de assédios de pessoas que veem a internet como um lugar onde podem satisfazer seus próprios desejos.

O Estado hoje, não possui meios para o combate da pedofilia. O Direito Penal simplesmente tipifica e condena a pornografia ligada a crianças e adolescentes. O desejo não é algo que pode ser controlado pelo Estado. O que precisa ser objeto da tutela pelo Direito Penal é a própria infância e adolescência, visto que diariamente sofrem uma enxurrada de ações comerciais mal-intencionadas, com o intuito de banalizar o comportamento sexual, tentando mostrar para crianças e adolescente que ainda estão em fase de desenvolvimento cognitivo que a prática do sexo nessa faixa etária é normal. A proteção da infância e adolescência seria uma forma de prevenção primária e essencial para o desenvolvimento correto das crianças e adolescentes, visto que a rede mundial de computadores ainda é mal compreendida pela sociedade e um local de difícil acesso, caracterizando dessa forma um risco para quem nela imprudentemente nela navega.

A legislação atual traz muitos avanços em comparação a anterior, mas em alguns pontos percebemos a dureza e a violação do sistema jurídico-penal. A tipificação e a punição das redes de pornografia infantil, seus aliciadores e incentivadores em geral são bem vistas para o desenvolvimento do Estado Brasileiro, mas o que realmente falta para a legislação ser mais atuante e incisiva nos casos mais comuns do dia-a-dia é a tipificação da pedofilia como crime previsto no Código Penal Brasileiro. O que se precisa deixar bem claro e evidente é a questão da punibilidade do agente; há de se fazer a distinção entre o pedófilo estruturado e o pedófilo oportuno, conforme já citado e explicado nesse trabalho, e a aplicação da pena para cada caso.

A partir desse pensamento, caminharíamos para a construção de uma sociedade mais justa, com a proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes, desde a pornografia na internet até mesmo os casos de pedofilia, sem deixar punir de forma correta os indivíduos que agem fora das normalidades.

Referência Bibliográfica

BRASIL. **DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal. Dispõe sobre a aplicação da lei penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso: 15 outubro 2017.

CASTIGLIONE, Yuri Giuseppe. Dos crimes. **Eca comentado.** 02 dezembro 2016. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/promenino->

[ecacomentario/eca-comentado-artigo241a241e-tema-dos-crimes/](#)> Acesso: 19 novembro 2017.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. Pedofilia na internet. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 20 novembro 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=5452](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5452)> Acesso em: 20 outubro 2017.

FILHO, Demócrito Reinaldo. **A pornografia infantil virtual e as dificuldades jurídicas para combatê-la: O caso do Second Life**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10358/a-pornografia-infantil-virtual-e-as-dificuldades-juridicas-para-combate-la>> Acesso: 14 outubro 2017.

PINHEIRO, Stephanie. **Dever da família na efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes**. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/stephanielimapinheir/artigos/dever-da-familia-na-efetivacao-do-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-3442>> Acesso em: 28 outubro 2017.

SYDOW, Spencer Toth. "Pedofilia Virtual" e considerações críticas sobre a LEI 11.829/08. **Revista liberdade**, n. 1, maio 2009, p. 46-63. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: agosto 2017.

VERCELONE, Paolo. Criança e adolescente. **ECA comentado**, v 3, n 1, 02 dezembro 2016. Disponível em: <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/promenino-ecacomentario/eca-comentado-artigo-3-livro-1-tema-crianca-e-adolescente/>> Acesso: 04 novembro 2017.

ZARANSKI, Marcelo. **Pedofilia: Fator histórico**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/pedofilia-fator-historico/33331>> Acesso: 19 novembro 2017.

A NEGATIVA DO DELEGADO DE POLÍCIA EM ADMITIR A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO DO INVESTIGADO/AUTUADO NAS OITIVAS DE TESTEMUNHA, VÍTIMAS E OUTROS ATORES DIVERSOS CONFIGURA PRÁTICA ILÍCITA OU ABUSIVA?

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: É Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso. Atualmente Diretor Adjunto da Academia de Polícia da Polícia Judiciária Civil do Estado de Mato Grosso. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil¹¹⁸.

JOÃO GABRIEL CARDOSO¹¹⁹

(coautor)

Questão polêmica e que tem trazido inquietação aos operadores de Direito, principalmente aos delegados de polícia, advogados, defensores públicos dentre outros atores da fase inquisitorial da persecução penal, é se a negativa pelo delegado de polícia em possibilitar a participação do advogado do interrogado em oitiva(s) de testemunha(s), vítima(s) entre outros atores diversos do autuado/investigado encontraria amparo em nosso ordenamento pátrio.

¹¹⁸ Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, palestrante, coautor de obras jurídicas, autor de artigos jurídicos, professor de cursos preparatórios para concursos públicos e é também integrante da K D J Mentoria.

¹¹⁹ É Delegado de Polícia no Estado do Ceará. Ex-servidor público federal da Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências Wenceslau Braz. Autor de obras jurídicas. Professor do Curso de Carreiras Jurídicas Universo Juris. Aprovado em diversos concursos na área de segurança pública.

Para iniciar este debate devemos começar citando o dispositivo que gera toda essa polêmica, que é o art. 7º, inciso XXI, alínea “a”, do Estatuto da Ordem dos Advogados. O dispositivo em análise foi acrescido pela Lei nº 13.245/2016, diploma legislativo este que conferiu direito ao advogado de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento¹²⁰.

A redação do Estatuto, em nossa opinião, não é das melhores, tanto é que tem rendido vários debates pelos juristas que atuam na seara criminal, pois apesar de ser incontestado o Estatuto assegurar ao advogado o direito de assistir a seus clientes em interrogatórios, ao mesmo tempo o dispositivo gera dúvidas acerca do direito de o advogado acompanhar depoimentos de testemunhas que depõem em desfavor do interrogando. Neste prumo, acreditamos que o legislador ordinário foi infeliz ao redigir a expressão “depoimento” do investigado, porquanto o investigado presta interrogatório ou declarações. A única possibilidade que visualizamos para aproveitamento do termo técnico “depoimento” em que a pessoa firma compromisso de dizer a verdade, sob pena de crime falso testemunho, é aquela pessoa inicialmente ouvida como “testemunha propriamente dita” num primeiro momento e depois no curso das diligências investigativas se nota, que na verdade a “testemunha” trata de investigado.

De um lado, advogados criminalistas¹²¹ defendem que o texto legal assegura tal direito, podendo o advogado acompanhar as oitivas de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o autuado/investigado – que eventualmente deponha em desfavor dos seus respectivos clientes.

Do outro lado, parte dos delegados de polícia¹²² defendem que os advogados criminalistas teriam direito de assistir aos seus clientes apenas no que

120 “Art. 7º São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos;”

121 Há uma decisão isolada da 1ª instância da comarca de Granja (1ª Vara) do Poder Judiciário do estado do Ceará – da qual não concordamos –, entendendo que o advogado teria esta prerrogativa. Vide no *Habeas Corpus* nº 0050625-49.2020.8.06.0081 - Paciente: Jose Joaquim Benicio Lopes e outros. Impetrante: Joao Saldanha de Brito Junior.

122 Existe posição institucional firmada pela Corregedoria da Polícia Civil do estado do Paraná entendendo diametralmente oposto, qual seja, de que o advogado não tem prerrogativa/direito de acompanhamento de oitiva de testemunhas na fase policial. Vide Protocolo nº 16.118.243-5.

diz respeito ao interrogatório, não havendo essa prerrogativa quando estamos falando em oitivas de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o atuado/investigado.

A discussão em análise acaba tendo maior relevância prática - não se excluindo outras situações possíveis - nas ocorrências que envolvem flagrante, pois é nesse momento que o advogado criminalista acompanha o seu cliente a ser eventual atuado e ao mesmo tempo possui a oportunidade de acompanhar as testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o atuado/investigado – que vão contribuir para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), já que todos são conduzidos para o mesmo local e ouvidos em sequência.

A grande questão do presente artigo é questionar se a negativa em possibilitar ao advogado o acompanhamento de oitiva de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o atuado/investigado – possuiria respaldo legal ou se constituiria conduta ilícita praticada pela autoridade policial, gerando a tal da nulidade absoluta mencionada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Num primeiro momento, humildemente, sustentamos que a redação não afirma existir tal direito, haja vista a sua falta de clareza. Tanto é verdade o que estamos afirmando que o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de negar tal direito ao advogado. Inclusive, na Petição de nº 7.612/DF 123, o Ministro Gilmar Mendes sustentou brilhantemente o seguinte:

“Destaco que a norma do art. 7º, XXI da Lei 8.906/94, prevê a assistência dos advogados aos investigados durante a realização dos interrogatórios e depoimentos de seus clientes, não estendendo essa prerrogativa aos depoimentos e interrogatórios dos demais investigados e testemunhas.”

Para o Ministro Relator Edson Fachin da Suprema Corte:

“A legislação vigente não avança para reproduzir no âmbito do inquérito policial, o modelo processual vigente na ação penal, no qual todas as provas são produzidas com a possibilidade de ciência, acompanhamento e participação dos acusados e de sua defesa (autodefesa e defesa técnica) inclusive com a formulação de perguntas diretamente às testemunhas e de esclarecimentos

Corregedoria Área Norte. Manifestação exarada por: Dra. Thaiz Fernanda Corona – Corregedora Auxiliar, em 02 de outubro de 2019.

123 Pet 7.612/DF, Rel. Min. Edson Fachin, j. 12/03/2019.

realizados por intermédio do juiz durante os interrogatórios dos corréus (arts. 188 e 212 do CPP)."

Ainda que descartássemos a tese apresentada, e considerássemos a existência do direito do advogado em acompanhar oitivas de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o autuado/investigado – surgiria a indagação se tal conduta praticada pelo Delegado de Polícia seria conduta ilícita ou abusiva.

Como já anotado anteriormente em linhas passadas, o legislador ordinário empregou de maneira equivocada a expressão "depoimento" do investigado, eis que o investigado realiza interrogatório ou declarações, na pior das hipóteses.

Somos da opinião de que em situações como esta devemos afastar de imediato qualquer ilícito, principalmente os contidos na Nova Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/19). O argumento é simples, já que em momento algum a legislação faz referência a esta conduta como figura típica. Observa-se que o art. 43 do referido diploma altera a redação do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) de modo a punir criminalmente apenas a violação de prerrogativas contidas no art. 7º, incisos II, III, IV e V, não prevendo, portanto, a conduta do art. 7º, inciso XXI, como abusiva da Lei nº 13.869/19.

Também somos da opinião de que, ainda que houvesse tal previsão legal expressa neste sentido, sustentaríamos a necessidade de comprovação do elemento subjetivo especial, requisito este imprescindível para a ocorrência do tipo penal, conforme delineia o art. 1º, §1º da Nova Lei. Observe-se que o dispositivo exige, alternativamente, a necessidade de se demonstrar o intuito de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, que o mero capricho ou a satisfação pessoal da autoridade que nega a presença do advogado nas oitivas de testemunhas.

Por fim, outro ponto, também de relevante importância e que merece discussão diz respeito à existência de nulidade. Isto por quê o Estatuto da Ordem dos Advogados afirma existir nulidade absoluta quando há negativa de o advogado participar dos interrogatórios ou depoimentos. Ocorre que a jurisprudência atual vem entendendo firmemente que não haveria se falar em nulidade absoluta. Neste sentido são as lições de Renato Brasileiro de Lima, que cita inclusive posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

"Ainda que se queira objetar que se trata de verdadeira nulidade, o fato de a Lei nº 13.245/16 tê-la rotulado de absoluta não acarreta, de per si, a invalidação do referido ato, salvo se comprovado o prejuízo causado ao investigado. Afinal, conforme recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (v.g., STF, 2ª Turma, HC 117.102/SP, Rel.

Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/06/2013), o reconhecimento de uma nulidade, ainda que absoluta, também pressupõe a comprovação do prejuízo. Por conseguinte, ainda que não seja franqueado ao advogado presente o direito de assistir a seu cliente investigado durante a realização do interrogatório policial, não há falar em invalidação do procedimento investigatório se este, por exemplo, permanecer em silêncio.” (LIMA, pag. 208, 2020)

Logo, podemos observar que o doutrinador acima possui posicionamento contrário ao que dispõe o Estatuto da Ordem, sendo adepto à ideia de que a vedação do advogado na participação de interrogatórios e oitivas, no máximo, geraria a nulidade relativa, isto se for demonstrado prejuízo ao investigado, pois caso contrário, nem mesmo nulidade relativa.

Mutatis mutandis entendemos que o mesmo raciocínio deduzido ao longo do artigo, se aplica aos demais procedimentos, inclusive ao adolescente em conflito com a lei.

Das considerações finais

Ante o exposto, posicionamo-nos no sentido de que não há ilegalidade alguma na conduta do Delegado de Polícia que nega a participação do advogado em oitivas de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o autuado/investigado –, primeiramente por inexistir permissão legal no ordenamento jurídico brasileiro. Em segundo lugar, ainda que existam posicionamentos no sentido da admissibilidade de participação do advogado nas oitivas de testemunhas, seguimos o posicionamento da inexistência de crime contido na Nova Lei de Abuso de Autoridade, justamente por não haver amparo legal para tal tipificação. E por derradeiro, ainda que haja posicionamentos favoráveis em conferir tal direito do advogado, sob pena de nulidade absoluta, demonstramos que há posição firme da doutrina e jurisprudência pátria no sentido de que até mesmo nulidade absoluta – embora tenhamos ressalvas neste ponto –, necessitaria da comprovação de prejuízo, sob pena de não ser declarada e reconhecida.

Ademais, entendemos que o mesmo raciocínio deduzido ao longo do artigo, se aplica aos demais procedimentos, inclusive ao adolescente em conflito com a lei.

É importante que, na eventual negativa do Delegado de Polícia que venha negar à participação do advogado em oitivas de testemunhas, vítimas e demais atores – que não seja o autuado/investigado – conste a motivação expressamente.

Referências bibliográficas:

LIMA, Renato Brasileiro de Manual de processo penal: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

BRASIL. SITE DO STF. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752042346>.
Acesso em: 29 de jan. 2021, às 23h.

BRASIL. SITE DO STF. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4312985>
Acesso em: 29 de jan. 2021, às 23h.

CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO ENTRAVE À DEMOCRACIA: MECANISMOS COIBIDORES DESTA PRÁTICA

CÉLIO JOSÉ DE BRITO COSTA: Graduação em Direito pela Faculdade Integrada ensino Superior de Colinas-TO; Pós Graduação em Direito processual Civil pelo Damásio em Parceira com a UNAR- Universidade de Araras-SP e Pós Graduado em Direito Administrativo pela UFT- TO;¹²⁴

RESUMO: A presente abordagem refere-se ao combate aos crimes eleitorais, em específico, ao de captação de sufrágio que é conhecido empiricamente como compra de votos. Esta conduta criminosa tem permeado o processo eleitoral brasileiro e é a causa que distancia o Brasil das nações que alcançaram um nível elevado em democracia. Não obstante, muitos questionarem o aumento, em tese, da corrupção generalizada. Todavia, o que tem acontecido é sempre consequência da ilegitimidade alcançada através das eleições que é motivo da institucionalização do crime e das condutas ilícitas na administração pública. Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental, por meio de leituras das leis, da Constituição Federal e do Código Eleitoral, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao crime por ora proposto. Nos resultados, ficou evidente constatar que existem medidas jurídicas, tais como a participação popular e a Lei da Ficha Limpa, que podem auxiliar no combate contra a prática de captação de sufrágio.

Palavras-chave: Crimes Eleitorais. Captação de Sufrágio. Direito Eleitoral. Direito Constitucional.

ABSTRACT: The present approach refers to the fight against electoral crimes, specifically, to the capture of suffrage which is known empirically as vote buying. This criminal conduct has permeated the Brazilian electoral process and is the cause that distances Brazil from the nations that have reached a high level in democracy. Nevertheless, many question the rise, in theory, of widespread corruption. However, what has happened is always a consequence of the illegitimacy reached through the elections that is the reason for the institutionalization of crime and illicit conduct in the public administration. To carry out the research, a literature review was carried out, consisting of a bibliographic and documentary study, through readings of the laws, the Federal Constitution and the Electoral Code, legal magazines, books and

¹²⁴ Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil, na Universidade de Dr. Uldson de São João de Araras, Rio de Janeiro/RJ. E-mail: hoycelio@hotmail.com.

articles related to the crime now proposed. In the results, it was evident to see that there are legal measures, such as popular participation and the Clean Record Law, which can assist in combating the practice of capturing suffrage.

Keywords: Electoral Crimes. Suffrage capture. Electoral Law. Constitutional right.

Sumário: 1. Introdução. 2. O papel das instituições contra a compra de votos. 2.1 O papel preeminente das instituições como inibidoras da compra de votos. 2.2 O papel do ministério público e sua contribuição. 2.3 O papel das instituições pela consolidação de uma genuína democracia. 3. Da ação de impugnação de mandato eletivo. 3.1 Participação popular como coibidor de fraudes eleitorais na ação de impugnação de mandato eletivo. 3.2 Competência. 3.3 Rito processual 4. Da contribuição da lei da ficha limpa como caráter preventivo. 5. Considerações Finais. 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A coletividade e o governo desde os tempos do Brasil colônia aos dias atuais têm procurado de todas as formas coibirem práticas que venham prejudicar o processo eleitoral. Dentre as práticas consideradas como crimes ao qual se tem combatido, alcança grande proeminência a captação de sufrágio, conhecida empiricamente como “compra de votos”.

Conceitualmente, a captação de sufrágio pode ser entendida como uma modalidade de uso de poder. Nesse contexto, o candidato doa, oferece, promete, ou entrega, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição (MAIOR FILHO, 2008).

Dessarte, existem grandes questionamentos sobre se o Brasil seria ou não uma nação democrática em sua plenitude. Entretanto, democracia implica iguais condições de disputas eleitorais e reais possibilidades da consecução de um mandato eletivo, o que não tem acontecido, ensejando fraudes e manipulação em todo o processo eleitoral.

A ilegitimidade da conquista da administração pública através dos votos sendo esta institucionalizada é causa de um atraso histórico e o obstáculo para que sejam implementadas todas às demais reformas que o Estado brasileiro precisa. Portanto, somente com representantes legitimamente eleitos poderemos alcançar a consecução de todos estes objetivos.

Assim, esse estudo pretende discorrer sobre o crime de captação ilícita de sufrágio, apresentando os seus aspectos gerais, tais como o seu conceito, normatização, decisões jurisprudenciais e, por fim, responder ao seguinte questionamento: Quais mecanismos podem ser feitos para coibir essa prática?

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal e do Código Eleitoral, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao crime por ora proposto e de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os dias 01 a 10 de fevereiro de 2021.

2. O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES CONTRA A COMPRA DE VOTOS

O Brasil implementou muitos instrumentos eficazes e práticas contínuas na luta incessante contra a prática criminosa de compra de votos, com grande desenvolvimento em diversos setores, com os quais nos veremos no decorrer deste trabalho.

Sabe-se que muito foi feito em busca de um processo eleitoral equânime em condições de disputa eleitoral. Entretanto, muito há o que se fazer para que seja alcançado ao objeto proposto, com participação mais intensificada da sociedade organizada conjuntamente com as instituições encontraremos significativos avanços.

A valorização destes instrumentos se faz necessária, como a criação da Lei 9.840 de 28 de Setembro de 1999, conhecida empiricamente como “Lei da Compra de Votos” e a “Lei das Inelegibilidades”, Lei Complementar N° 64 de 18 de maio de 1990, mais específico em seu artigo 22, que assim expõe:

Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (...)

(BRASIL, 1990)

Dentre outros instrumentos eficazes, para a consecução de profundos resultados e aprimoramento daquilo que já foi feito, e para saber o que ainda se

pode fazer para total isenção desta conduta criminosa que tem sido discutida regularmente, em prementes tão executada.

Explicações como estas se fazem necessárias para enriquecimento ao debate com a contraposição de propostas, o embate aos entendimentos que se discordam, mas se interessam pelo mesmo objetivo, aprimorará ainda mais ao que se fez e promoverá melhores saídas para ao que se pode acrescentar ao proposto, com isto, a coletividade somente tem a ganhar e a desenvolvermos enquanto nação democraticamente constituída.

2.1 O PAPEL PREEMINENTE DAS INSTITUIÇÕES COMO INIBIDORAS DA COMPRA DE VOTOS

Prima Facie, é necessário não se olvidar ao importantíssimo papel que desempenhou a constituição de 1988, conhecida como constituição cidadã, que institucionalizou instrumentos ímpares no Brasil, tais como a ação popular, a ação civil pública e, dentre outros, a possibilidade de que os cidadãos interferissem no processo legislativo através projetos de lei propostos por iniciativa popular, que direcionou o país a um grau mais elevado de amadurecimento, enquanto nação desenvolvida.

As instituições, com isto, alcançaram grande importância, com sua criação e seguindo certos requisitos em sua formação estes entes institucionalizados poderão propor a ação popular, ação civil pública e, exercerem concomitantemente a outros órgãos, um grande papel fiscalizatório da atuação da administração pública.

Somado a isto, o fato que pelo desenvolvimento das instituições e um grande alargamento do aumento da criação de pessoas jurídicas que representam determinadas categorias, presencia-se a uma constante presença da comunidade na participação das decisões políticas, isto devido, ao papel que exercem como grupos de pressão para as atividades políticas.

O fato agora, é que se antes os políticos exerciam seus mandatos ao seu *"bel prazer"* hoje se apertam quando vão tentar amealhar o que é alheio, na verdade, as punições tornaram mais factíveis que anteriormente, visto ao grande número de políticos que perderam seus mandatos pelas diversas formas existentes.

Muito se alcançou em amadurecimento institucional - estatal e institucional - organizacional, o que faz distanciar do quadro anterior que se encontrava, com organizações que além de fiscalizar à atuação da administração pública, também atuam como gestores do patrimônio público, vez o papel das autarquias, fundações públicas e empresas públicas, que ao mesmo tempo têm natureza pública e concomitantemente, têm características de pessoas jurídicas de direito privado.

As autarquias, fundações públicas, dentre outros agentes, exercem papéis que exclusivamente eram do Estado brasileiro, tornando a máquina estatal emperrada e lenta em suas atribuições. Atualmente, ao se comprar um aparelho de celular, a população não ficariam reféns de taxas exorbitantes, e planos de pagamentos que os prejudicariam, a autarquia especializada em sua área de competência resolveria quaisquer destes impasses.

Se enquanto, pode-se mencionar que em outros setores houve um amadurecimento institucional, nada comparecer-se-á na fiscalização inibitória à prática da compra de votos, instituições como a ABONG e a Transparência Brasil, que têm exercido seu papel na extirpação dessas práticas, que no decorrer do retrospecto histórico somente tem prejudicado desde a formação histórico-cultural brasileira, entretanto, que tem diminuído substancialmente nos dias atuais.

2.2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA CONTRIBUIÇÃO

Como dito alhures, restou claro que a criação da Constituição da República Federativa do Brasil teve uma grande importância para o crescimento do Brasil, enquanto nação civilizada, pois atribuiu ao Ministério Público uma grande autonomia e independência. Com isto, em sua atuação o Promotor vê garantida às mesmas prerrogativas que possui o magistrado, utilizando-se atualmente à expressão, Promotor Natural, que tem às seguintes prerrogativas: Inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade.

Hodiernamente, o Ministério Público tem em seu orçamento verba destinada constitucionalmente, o que lhe faz ser independente financeiramente de quaisquer outros órgãos ou instituições, pois não precisa propor emendas em orçamentos, requerer aumento de verbas, ou quaisquer formas de exigibilidade de alteração em seus recursos de forma geral.

Acrescentado a isto, o fato de lhe ser atribuído competências, como de propor ação civil pública, ação penal e também, outras medidas coercitivas, propor TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, dentre outros instrumentos singulares, como Recomendações aos órgãos e poderes públicos constituídos.

Muito se conquistou, inclusive, lhe atribuindo competências como órgão de fiscalização externa da polícia militar e civis, assim da mesma forma consoante a órgãos e poderes constituídos, como Tribunais de Contas, e entidades jurídicas, como pessoas jurídicas, fundações públicas, dentre outros, que se seguem entre entes públicos da administração do patrimônio público, quer de natureza privada ou pública.

2.3 O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PELA CONSOLIDAÇÃO DE UMA GENUÍNA DEMOCRACIA

O crescimento insondável de organizações, empresas privadas, movimentos sociais e dentre outros atores, que representam as mais diversificadas vertentes e seguimentos dos setores da sociedade do país, demonstram à necessidade de desvencilhamento desta prática prejudicial da captação de sufrágio, conhecida empiricamente como compra de votos.

No Brasil, o incentivo do primeiro e segundo setores às organizações da sociedade civil é expressivo e ganha força a cada ano que passa. Um dos temas fortemente definidos se relaciona à conscientização política e a consolidação dos valores democráticos.

Ao longo dos últimos processos eleitorais centenas de casos vieram a público, o que faz com que tentativas de compra de votos sejam os casos mais denunciados, mas o uso da máquina administrativa ainda está bastante presente. Com isto, políticos perderam mandatos, candidaturas foram cassadas e a sociedade mostrou capacidade de atuação.

As empresas brasileiras também têm ampliado permanentemente a percepção, sobre seus espaços de atuação, as experiências que decorrem desta visão abrangente têm fortalecido o conceito de cidadania empresarial e levado às empresas a se preocuparem com os impactos de suas atividades, não apenas no âmbito econômico, mas também nas esferas política e social.

Deste modo, os empreendedores privados estão desenvolvendo seu aprendizado na arte de se integrar às complexas engrenagens da democracia, sistema político ainda em construção no nosso país.

As eleições são uma oportunidade para as empresas assumirem posturas éticas e refletirem sobre os critérios que devem orientar suas decisões relacionadas a financiamento de partidos e de políticos, de forma a não agredir seus valores e princípios, contribuindo para o desenvolvimento democrático.

Com isto, e a fim de fortalecer o controle social sobre as políticas públicas, Organizações não governamentais, movimentos sociais e outros atores vêm se organizando em fóruns temáticos que atuam nas esferas nacional, estadual e municipal. Como exemplo, tem-se a ABONG que integra algumas dessas instâncias em âmbito federal e orienta a participação de suas regionais e associadas nas demais esferas.

E com o fito, de contribuir com exercício cidadão do voto, a ABONG apoiou a iniciativa de organizações da sociedade civil, incluindo várias de suas associadas, de realizarem a campanha "Olho no seu voto", que apresentava algumas políticas públicas que deveriam ser contempladas no programa de governo das candidaturas.

No entanto, ao se adentrar o século XXI, descrentes dos representantes, a sociedade dia após dia, vem se manifestando e atuando contra, o que deveria ser papel dos representantes democraticamente eleitos.

Todavia, somente com a atuação destes grupos de pressão conjuntamente com a sociedade é que se pode evoluir, enquanto nação, pois para um país que conviveu um longo período de ditaduras, sejam estas revolucionárias ou conservadoras, faz-se necessário que haja um amadurecimento político neste sentido, para que favoreça ao estabelecimento de condutas contínuas e a criação de uma tradição neste movimento democrático.

Desta forma, com a colaboração das instituições e toda sociedade, pode-se conseguir consolidar instituições, sem que se tenha que desvanecer em momentos de crises. Assim entendido, a principal instituição, qual seja, a democracia, que mesmo apesar de ultrapassar do tempo e das ebulições sociais continue firme, para que se possa desvencilhar de todo um passado construído na inconstância, no sobe e desce do poder. Com isso é possível construir o projeto de procedimento eleitoral que se deseja, assim como de projeto de nação que se almeja, sem influência do Poder Econômico e Poderio Social.

3 DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Inaugurando uma nova era de proteção aos direitos fundamentais, a Carta Magna de 1988 também cuidou em estabelecer a tutela constitucional dos direitos políticos, e por conta disso concebeu uma ação constitucional cujo objetivo consiste em afastar da investidura popular aqueles que se utilizaram ou se beneficiaram de meios espúrios para se elegerem.

Inobstante, a tutela constitucional da legitimidade das eleições iniciada no §9º do artigo 14 da Lei Maior, portanto complementar-se com os preceptivos dos §§ 10 e 11 do mesmo artigo, revelando a preocupação de nova ordem constitucional em garantir a desconstituição da representação popular baseada no abuso de poder, corrupção ou fraude. Vejamos tais preceptivos:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a

influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

§ 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

§ 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé.

(BRASIL, 1988)

De mais a mais, Costa (2004) absorvendo o entendimento de que o eleitor é titular da garantia constitucional prevista no artigo 14, §§ 10 e 11 da Lei Fundamental, obtempera:

O texto constitucional não faz referência a quem pode ser parte nessa ação, como autor. Partindo-se da regra geral do processo segundo a qual para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, forçoso será concluir que no caso da ação de impugnação de mandato eletivo serão partes legítimas para propô-la, em princípio, o Ministério Público, os candidatos (eleitos ou não), os partidos políticos, ou qualquer eleitor, sem prejuízo de outras pessoas físicas, ou entidades como associações de classe, sindicatos, cujo o interesse seja manifestado e comprovado e, assim, aceito pelo Juiz da ação. A falta de interesse jurídico ou de “legítimo interesse” (CPC, artigos. 3º e 6º) deverá acarretar o indeferimento da inicial, ou a extinção do processo. Esse nosso entendimento sobre a legitimação para a proposição da ação pode ser questionado em face da Res. 21.634/2004 do TSE, que manda aplicar os preceitos da LC 64/90 no processamento da AIME – Ação de Impugnação de Mandato Eletivo, por isso que o artigo 3º da Lei Complementar referida apenas a candidatos, ao Ministério Público, às coligações e aos partidos políticos a legitimação para a impugnação ao pedido de registro de candidatura. No entanto, a ação impugnatória, por ser constitucional, permitirá, a nosso ver, ao eleitor, cidadão comum, propô-la, desde que comprovado seu legítimo interesse na causa (COSTA, 2004).

Com base acima, verifica-se que a ação impugnatória, por ser constitucional, concede ao eleitor, independente de qualquer distinção, a sua legitimidade para propô-la. O critério condicional fica a cargo do interesse legítimo e objetivo sobre a causa.

3.1 PARTICIPAÇÃO POPULAR COMO COIBIDOR DE FRAUDES ELEITORAIS NA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

Com efeito, José Rubens Costa (2004), analisando a questão, tendo em foco o artigo 5º, inciso LXXII da Lei Maior cuja regulamentação é abarcada na Lei Nº 9.265/96, contribuiu para o entendimento de que legitimação *“ad causam”* do eleitor na AIME é medida mais consentânea com o espírito constitucional do instituto, *in albis*.

Apesar de o Código Eleitoral atribuir legitimidade do eleitor, hipótese rigorosamente correta, porque as questões eleitorais dizem respeito diretamente ao exercício dos direitos cívicos, a jurisprudência acabou por proscrevê-lo, indispondo-se o entendimento com a garantia constitucional dos “atos necessários ao exercício da cidadania”, inciso LXXII e com a Lei 9.265/96, que regula o texto constitucional, considerando, o artigo 1º, IV, “pertinente à cidadania popular as ações de impugnação de mandato eletivo por abuso de poder econômico, corrupção ou fraude (COSTA, 2004).

De modo paradoxal, portanto, assente que o eleitor não possui legitimidade ativa para a representação de abuso e para a ação de impugnação de mandato eletivo, bem como recorrer da decisão do Tribunal Regional Eleitoral que defere o registro da candidatura do candidato.

Inversamente proporcional, a despeito disso, a Jurisprudência do TSE não tem se deixado influenciar pelos reclamos dos doutrinadores, eis que considera como legitimados para a proposição da AIME apenas os mencionados no artigo 3º, da LC Nº 64/90, quais sejam: Ministério Público, partidos, coligações e candidatos.

Neste sentido, basta conferir a reiterada Jurisprudência do excelso eleitoralista consolidada na Resolução TSE Nº 21.355/2003, mesmo que com fundamentos, e observados alguns pressupostos não poderá a ação de impugnação de mandato eletivo ser conhecida, face à ilegitimidade ativa ou *“legitimatío ad causam”*, face a inafastável ausência de uma das condições da ação, qual seja, da legitimidade de parte.

3.2 COMPETÊNCIA

Dessarte, relativamente à competência para o processamento da AIME, desde os primeiros julgados do TSE referentes à matéria assentou a excelsa corte eleitoral que, se tratando de mandados alcançados por eleições municipais, ação há de ser proposta perante o Juízo da Zona Eleitoral respectiva, ao passo que em se tratando de eleições estaduais (governador, vice-governador, deputado estadual, deputado federal e senador), enquanto a ação desconstitutiva deve seguir para o TRE, e em

grau de recurso, para o TSE, cuja competência originária há de julgar a AIME somente se disser respeito à eleição presidencial.

Via de regra, funciona nos parâmetros segundo o qual o órgão que tenha concedido o registro da candidatura também possui a competência para conhecer da AIME.

Ademais, mesmo tratando-se de AIME objetivando cassar mandato de prefeito- candidato à reeleição, não há o que se cogitar em competência originária do TRE para julgar a ação de impugnação, pois a AIME tem natureza cível - eleitoral, de modo que a competência originária do Tribunal Regional Eleitoral somente poderia ser atraída se, e por força da regra do artigo 29, X, da Carta de 1988, se tratasse de ação de natureza criminal - eleitoral, sendo que na esfera municipal somente caberia endereçamento ao TRE quando for Recurso Contra a Diplomação (Prefeito e Vereador). Como cediço, quando tratar-se de jurisdição eleitoral penal deverá ser deflagrada a partir de denúncia do Ministério Público Eleitoral, na medida que este órgão é o titular da ação penal eleitoral.

3.3 RITO PROCESSUAL

Inobstante, relevante papel introduzido por esta ação em nosso sistema jurisdicional, institucionalizando este instrumento eficaz, existe certo debate fomentado por alguns doutrinadores de que esta ação deve obedecer ao processo comum ordinário.

Data Vênia, de salutar ponderação analisar que a demora na prestação jurisdicional tornava inviável a punição dos mandatários corruptos, fazendo com que seus mandatos fossem cumpridos sem quaisquer formas de punições. Destarte, é de não olvidar-se que nos tempos hodiernos a celeridade tem esta no centro da discussão jurisdicional, o inverso desta seria inaplicabilidade da própria Jurisdição ao caso concreto.

Neste íterim, Djalma Pinto com acertado posicionamento entabulou entendimento contrário ao que preconizava o TSE, afirmando quanto ao Rito da AIME, *in verbis*:

É certo, por outro, que a longa fase de instrução, que o processo ordinário comporta, na prática, acaba desestimulando a utilização dessa ação, cuja sentença somente se torna exequível, consoante entendimento dominante, após trânsito em julgado, quando o réu, muitas vezes, já cumprira o mandato. É comum o detentor de mandato impugnado arrolar até 12 testemunhas, residentes em cidades diferentes, procrastinar o andamento da ação impugnatória. Esse artifício mostra-se eficaz porque, prevendo a lei que o titular do

mandato somente seja afastado com o trânsito em julgado da decisão condenatória, a demora na conclusão do feito acaba por permitir que o promovido exerça todo mandato, antes da conclusão do processo.

Ab Initio, em momento posterior o TSE em 19/04/2004 em acertado posicionamento sobrepujou este impasse por questão de ordem levantada pelo Min. Fernando Neves que definiu a partir desta data a fonte normativa apropriada para suprir a lacuna impondo que o Rito processual aplicável à AIME será o da legislação processualística eleitoral, e não a legislação processual comum. Por conseguinte, estabeleceu a Resolução N° 21.634/2004, que elucidou:

Questão de Ordem. Ação de Impugnação de mandato eletivo. Artigo 14, § 10, da Constituição Federal. Processo. Rito ordinário. Código de Processo Civil. Não-observância. Processo eleitoral. Celeridade. Rito ordinário da Lei Complementar N° 64/90. Registro de candidato. Adoção. Eleições 2004.

1. O Rito ordinário que deve ser observado na tramitação da ação de impugnação de mandato eletivo, até a sentença é o da Lei Complementar N° 64/90, não o do Código de Processo Civil, cujas disposições são aplicáveis apenas subsidiariamente.

2. As peculiaridades do processo eleitoral - em especial o prazo certo do mandato - exigem a adoção dos processos céleres próprios do Direito Eleitoral, respeitadas, sempre, as garantias do contraditório da ampla defesa.

Por fim, a Resolução N° 21.634/2004 do TSE solidificou posicionamento na medida de que somente deve recorrer ao direito processual comum em caráter supletivo, qual seja, após esgotadas as possibilidades de uso da analogia com o microsistema da LC N° 64/90. Neste entendimento, evitou-se delongamento da instrução processual eleitoral na presente ação, evitando com isto sobressaltos e procrastinação desnecessária dos processos eleitorais aplicáveis à espécie.

4. DA CONTRIBUIÇÃO DA LEI DA FICHA LIMPA COMO CARÁTER PREVENTIVO

Ab Initio, de preponderante ponderação a criação e institucionalização de mecanismos coibidores do amealhamento do erário nas mais diversificadas esferas políticas, destarte, instrumentos eficazes como a criação pela vontade popular da hodierna Lei da Ficha Limpa que teve adesão de mais 3,4 milhões de cidadãos com intuito de fazer uma primeira "filtragem" quanto àqueles aptos ou não para concorrer a um mandato eletivo.

Subsume do tema em análise, em que pese seu reconhecimento preliminar em sede do STF como inaplicável para as eleições de 2010 e inconstitucional para

imediate vigência esta trouxe institutos jamais concebidos pela legislação infraconstitucional, apesar de principiologicamente recepcionados pela “Carta Magna”, ditames como os princípios preeminentes da administração pública, tais como: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Dentre estes, o da Legalidade de forma transcendentemente considerado, em sentido “*Lato Senso*” como a punição àqueles que amealharam o patrimônio público ou infringiram diversas normas de nosso ordenamento jurídico. De outra forma o princípio da Impessoalidade que posterga o entendimento do cargo como sendo de indivíduo sendo considerado objetivamente como elemento da estrutura estatal. Portanto, condizentes com a realidade de sua aplicação, sem privilégios a alguns indivíduos ou pessoas em específico.

Culminando, com isto, no fato que o princípio da Moralidade que fora sempre ridicularizado agora está abarcado na norma legal o que impede ou obstaculariza a entrada na máquina estatal de agentes políticos envolvidos em intransigências às normas de conduta a todos imposta, o que não ocorreria sem aplicabilidade da Lei Complementar N° 135/2010 que altera a Lei das Inelegibilidades, a Lei Complementar N° 64/1990, propondo um novo conceito inicial para a disputa democrática das eleições no país.

Destoante, do que muitos apregoam, mesmo ela não tendo sido implementada automaticamente para as eleições de 2010, de fato exerceu um papel preventivo real e notório, pois desmotivou muitos envolvidos em infrações diversas a agarrar mandatos eletivos. Assim como, àqueles que lançaram seus nomes a possíveis candidaturas. Todavia, não recorreram de decisões judiciais desfavoráveis. Destarte, impedidos de “galgar” novos mandatos, e possivelmente acobertados por imunidades legislativas ou instrumentos arcaicos da estrutura estatal desde os primórdios.

Destarte, o povo demonstrou sua força e o entendimento consolidado de que requisitos mínimos para ser atores do aparato estatal brasileiro, adverso do aspecto de descrença e indiferença observados durante séculos na estrutura estatal desde o Brasil- Colônia. Por conseguinte, se não alcançou em sua plenitude e magnificência os resultados almejados, direta ou indiretamente propôs novos parâmetros a serem seguidos pela legislação e política eleitoral em específico, sem sombra de dúvidas é ainda uma grande evolução alcançada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Prima Facie, é verossímil a evolução em nossa legislação infraconstitucional quanto ao tema específico das normas eleitorais que foram recepcionadas pela “Carta Magna” e que estão implementando mudanças significativas na condução dos

trâmites de disputa democráticas. Destarte, evitando embaraços e influências do poder econômico e social. Portanto, culminando em um processo eleitoral mais equânime de disputa aos mandatos eletivos.

São fatores que concomitantemente às instituições, empresas públicas, ONG's, órgãos de atuação como o Ministério Público, assim como à população politicamente organizada, alcançarão a redução progressiva de fraudes nos sufrágios eleitorais, evitando amealhamento indevido da máquina pública e a diminuição da corrupção na estrutura governamental preventivamente.

Destarte, muito tem sido feito, entretanto mais ainda há o que se fazer. Todavia, com a participação da sociedade e implementação das medidas supracitadas é possível alcançar maior aperfeiçoamento na gerência da máquina estatal. Porquanto a efetivação destas medidas sem sobressaltos, culminarão em todas as benesses que uma estrutura administrativa pautada na moralidade pode conseguir. Apenas assim, pode-se atingir ao objetivo de uma nação evoluída e desvincilhada dos embaraços à condução equânime das disputas eleitorais, que é o foco primordial de uma nação desenvolvida democraticamente.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BRASIL. **Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as Eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 11ª Ed., 2ª tiragem, revista e atualizada, Bauru, SP: Editora EDIPRO, 2004.

COSTA, José Rubens da. **Ação de impugnação de Mandato Eletivo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

COSTA, Tito. **Recursos Eleitorais**. 8ª Edição, São Paulo/SP: RT, 2004.

DIDIER, Fredie Jr. **Ações Constitucionais**. 5ª Edição, Revista, ampliada e atualizada, Salvador/BA: Editora Jus Podivm, 2011.

MAIOR FILHO, Marcos Souto. **Direito Eleitoral: Lei da Compra de Votos e A Reforma Eleitoral**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

JUIZ DAS GARANTIAS: GARANTIA DE IMPARCIALIDADE OU FALÁCIA?

MARIO KOITI KASSAMA FILHO:

Discente do curso de Direito – IESB
Instituto de Ensino Superior de Bauru

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO

(orientador)¹²⁵

RESUMO: O conjunto de direitos fundamentais presentes em nossa Magna Carta, é garantido por meio da atuação imparcial do juiz ou deveria ser. O texto constitucional prevê o modelo processual acusatório, em que os operadores do direito assumem papéis distintos, sendo eles o de acusação, de defesa e de julgamento. A estrutura acusatória, propõe o distanciamento do magistrado que irá julgar o mérito, da fase investigatória da persecução penal, o que infelizmente ainda não ocorre no Brasil, pois o mesmo julgador funciona nas duas fases, mesmo após as mudanças estabelecidas pela Lei 13.964 de 24 de dezembro 2019, que insere no Código de Processo Penal, a figura do Juiz das Garantias, proposto pela Projeto de Lei do Senado nº156/2009, responsável pelo controle da investigação e guarda dos direitos individuais, que em tese proporciona uma maior imparcialidade, questão que será verificada por meio de pesquisas doutrinárias e artigos científicos no presente trabalho.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Juiz das Garantias. Imparcialidade.

ABSTRACT: The set of fundamental rights present in our Magna Carta, is guaranteed through the impartial performance of the judge or should be. The constitutional text provides for the accusatory procedural model, in which the operators of the law assume different roles, being that of accusation, defense and judgment. The accusatory structure proposes the detachment of the magistrate who will judge the merits, from the investigative phase of criminal prosecution, which unfortunately does not yet occur in Brazil, since the same judge works in both phases, even after the changes established by Law 13.964 of 24 of December 2019, which inserts in the Code of Criminal Procedure, the figure of the Guarantee Judge, proposed by the Senate Bill No. 156/2009, responsible for the control of the investigation and custody of individual rights, which in theory provides greater impartiality, an issue which will be verified through doctrinal research and scientific articles in the present work.

Key words: Criminal Procedural Law. Guarantee judge. Impartiality.

¹²⁵ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

1 INTRODUÇÃO

O Brasil assim como outros Estados passou por regimes autoritários e democráticos, que ecoaram seus traços em todo ordenamento jurídico, estabelecendo as bases ideológicas com características mais punitivas ou libertárias.

Com a redemocratização o poder constituinte originário inseriu uma gama de direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988, que refletiram nas demais legislações infraconstitucionais.

Na época do desenvolvimento do Código de Processo Penal de 1941, o sistema processual adotado era o inquisitivo, logo, com o novo texto constitucional de 88, propondo o modelo acusatório, mudanças foram necessárias, as quais vem ocorrendo ainda hoje.

Como se verifica, através da publicação da Lei nº 13.694, no final do ano de 2019. Em que vários dispositivos vinculados ao modelo processual inquisitivo foram revogados e novos artigos foram criados, dentre eles o art. 3º-A, que declara expressamente a estrutura acusatória do processo penal e o 3º-B, que trata da figura do Juiz das Garantias, que será abordado especificamente no curso deste artigo, visando verificar por meio de pesquisa doutrinária se a atuação deste magistrado garantiria a imparcialidade ou se é mera ideologia.

2 BASES DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal estabelece as diretrizes basilares para a condução da pretensão punitiva do Estado, que nasce com a infringência das normas de direito material.

A lei processual brasileira data de 24.10.1941, tendo como inspiração o código processual penal Italiano, produzido na década de 1930, trazendo fortes traços autoritários, em face do contexto do regime fascista lá instalado na época. Assim, o nosso código, tratava o réu como culpado antes mesmo de seu julgamento, conforme ensinamentos de PACELLI (2017).

Importante evidenciar, que a referida legislação processual vige até os dias atuais, logicamente, com relevante mutação legal desse diploma (DEZEM, 2016).

Há na doutrina, três tipos de classificações quanto aos sistemas processuais penais, sendo eles o inquisitivo, o acusatório e misto. Segundo LOPES JUNIOR (2020, p.54),

A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária.

Goldschmidt afirma que a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição. Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual). Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos.

Conforme os ensinamentos supracitados do professor Lopes Junior (2020), o sistema político vigente no país, está diretamente vinculado ao modelo processual penal de sua época. Na concepção dele, inferir que o processo penal brasileiro é misto, como a grande maioria dos doutrinadores afirmam, é uma crença equivocada, pois ao longo do tempo, os sistemas processuais vão se complementando e se alterando, logo, hodiernamente, todos são mistos.

Com relação a fase pré-processual, no caso, a do inquérito policial, que é conduzido pela Autoridade Policial, na pessoa do Delegado de Polícia, todos os atos de polícia judiciária e representações de medidas acautelatórias são levados ao conhecimento e apreciação do Poder Judiciário, na figura do Juiz de Direito, o qual a partir do primeiro contato com o procedimento torna-se prevento, em razão do instituto da prevenção, disposto no artigo 83 do Código de Processo Penal:

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. (BRASIL, 1941, Art.83)

Assim, o Juiz que atuou no processo pela primeira vez, mesmo que na fase da investigação, terá de conduzi-lo até o seu término, quando a Autoridade Judiciária formará sua convicção acerca dos fatos e proferirá a sentença.

Toda a fase pré-processual esplanada acima, a partir do advento da figura do Juiz das Garantias, ficará a cargo do magistrado indicado para atuar nesta competência, que como já foi dito deliberará acerca das questões atinentes a investigação criminal, como se verifica da redação do artigo 3º da Lei 13.964 promulgada em 24 de dezembro de 2019, que insere no bojo do Código de Processo Penal o Art. 3º-B:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, [...]. (BRASIL, 1941, Art. 3º- B)

A referida lei, cria e altera uma série de artigos, sendo o Juiz das Garantias uma delas, que propõem uma adequação do Processo Penal, para que sua forma se amolde a estrutura do modelo acusatório, visando abolir atos de iniciativa do juiz, tradicionalmente presentes no modelo antagônico. Corroborando com tal premissa, o disposto, no artigo 3º da referida legislação, que atribui também o Art. 3º-A à estrutura da lei processual penal, que de forma expressa e categórica estabelece a estrutura acusatória, com a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941, Art. 3º- A).

3 CONSONÂNCIA DA LEI PROCESSUAL PENAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A nossa lei maior, foi promulgada no ano de 1988, quarenta e sete anos após a criação do Código de Processo Penal, no ano de 1941. Na acepção de Pacelli (2017), as legislações caminhavam em direções opostas, pois a mais recente tratou de estruturar um vasto sistema de garantias individuais, sendo que na mais remota evidenciava-se a visão autoritária, em que o processo era tratado e tido como mero instrumento de aplicação da lei penal, onde o réu era desde logo visto como culpado.

Ainda de acordo com o pensamento de Pacelli (2017), a aptidão da Constituição Federal de 1988 de estabelecer um conjunto de direitos individuais, é manifesta, prova disto é o que consta expresso no art. 5º, inciso LVII, de nossa magna carta: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Todavia, segundo Lopes Junior (2020), mesmo com a lei suprema apontando para um sistema processual penal acusatório, o rompimento com o paradigma inquisitório não tinha se dado até a entrada do ano de 2020.

Ocorre que, o cenário se alterou, com a chegada da Lei número 13.964/2019, que em linha com o texto constitucional, pautada nas regras do devido processo penal, destacando-se o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz, promoveu uma “limpeza” no Código de Processo Penal, por meio da revogação de vários dispositivos que estavam em desacordo com a Constituição Federal vigente, e a reestruturação do sistema processual em comento (LOPES JUNIOR, 2020).

Superada as questões de ordem jurídica, o problema se apresenta na cultura instalada no Poder Judiciário, segundo Lopes Junior (2020, p.65),

[...] pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários.

Agora, a estrutura acusatória está expressamente consagrada no CPP e não há mais espaço para o juiz-ator-inquisidor, que atue de ofício violando o *ne procedat iudex ex officio*, ou que produza prova de ofício [...]

Extrai-se do trecho de forma clara, que o modelo acusatório é o que deve ser adotado no processo penal, pois a nova lei convencionou expressamente tal classificação, ratificando o que já foi dito no capítulo anteriormente, bem como repudia a postura do juiz-ator-inquisidor, clamando pela mudança cultural dos magistrados e operadores do direito.

Conforme entendimento do Professor Lima (2020), no âmbito do processo penal, que trata de questões afetas aos direitos indisponíveis, como a liberdade de locomoção, o magistrado foi investido de extenso poder de atuação, sendo possível a determinação de provas de ofício, pautado no objetivo da busca da verdade material, extraída a todo custo. Tal ideia era imprescindível para que o Estado pudesse aplicar sua pretensão punitiva. Todavia, essa concepção trouxe grande prejuízo ao processo penal, gerando abusos e arbitrariedades na atuação das autoridades na persecução penal, além de respaldar a iniciativa probatória ao magistrado, conseqüentemente, prejudicando sua imparcialidade. Assim, o processo deve ser encarado como meio de realização de justiça, não como uma busca incessante da verdade, por meio de uma atuação desinteressada do juiz, ou seja, imparcial.

3.1 A imparcialidade do Julgador

Na visão do Professor Badaró (2011), a Constituição foi abastada ao estabelecer uma série de garantias processuais de forma direta. Todavia, a expressa previsão com relação ao direito de julgamento por um juiz imparcial, ou seja, a imparcialidade, não

consta explícita do texto constitucional, logo, verifica-se que ela consta de forma implícita, por meio de diversos dispositivos presentes em nossa Magna Carta, os quais corroboram com essa assertiva. Como se verifica no artigo 95 da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um conjunto de garantias aos juízes, visando assegurar a independência deles, requisito basilar para a manifestação da imparcialidade.

Na mesma linha de cognição, Lima (2020), pontua que à garantia da imparcialidade está assegurada também na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, n.1, como se verifica da transcrição *ipsis litteris*:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CADH, art. 8º, n.1).

Importante evidenciar, que o Brasil é signatário da referida convenção, que passou a vigorar em nosso ordenamento jurídico em 25 de setembro de 1992, com a promulgação do Decreto 678/92. Essa norma tem status supralegal em nosso ordenamento jurídico, ou seja, hierarquicamente está abaixo apenas da Constituição Federal de 1988 (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2019).

De forma clara e didática, Lima (2020) expõe que o processo penal deve ser conduzido por atores distintos, ou seja, defensor, acusador e julgador, em que os dois primeiros à luz do contraditório desenvolvam a prova, que será analisada pela última figura, o Juiz, que julga de forma imparcial, decidindo o mérito despido de qualquer interesse.

4 JUIZ DAS GARANTIAS

A imparcialidade até aqui tratada é uma das garantias fundamentais num modelo processual acusatório, assim, a figura do Juiz das Garantias, é instrumento que visa garantir tal demanda.

Conforme ensinamentos de Badaró (2011), o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, cita em sua exposição de motivos, que o papel do Juiz das Garantias, visa a consolidação do modelo acusatório, dividindo a atuação dos juízes. Tendo um juiz

para atuar na fase da investigação e outro para julgar o processo. Em linhas gerais, tem como escopo assegurar a imparcialidade do magistrado que resolverá o mérito.

Nota-se, que o projeto que prevê a figura do Juiz das Garantias não é algo recente, pois sua aprovação percorreu aproximadamente longos dez anos. Sua inserção no Código de Processo Penal ocorreu por meio da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, conhecido também pela denominação de Pacote Anticrime.

Corroborando também com que foi inferido pelo professor Badaró, a conceituação realizada por Lima (2020, p. 112), por meio da análise do art.3º-B, *caput*, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/19:

[...]o juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário. Consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal.

Importante evidenciar, a pesquisa do jurista alemão Bernd SCHÜNEMANN, estruturada na obra do Prof. Luís Greco (Estudos de Direito Penal e Processual Penal e Filosofia do Direito. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013), que versa sobre a teoria da Dissonância Cognitiva, apresentada na obra do professor Aury Lopes Junior (Direito processual penal – 17. ed. – editora Saraiva, 2020), a referida teoria foi desenvolvida na área da psicologia social e aplicada por SCHÜNEMANN no campo do processo penal.

Segundo Lopes Junior (2020), a teoria da Dissonância Cognitiva foi aplicada sobre o magistrado no decorrer de toda marcha processual, ou seja, até a decisão. O juiz irá analisar opiniões contrapostas da acusação e defesa, além de sua opinião pessoal. Assim, partindo do ponto de que o juiz atuou no inquérito, na denúncia, bem como pode ter decidido questões incidentais, por óbvio é que ele já tenha formado um pré-julgamento. Nesse ponto (SCHÜNEMANN), assevera que naturalmente o julgador irá seguir o desenho dos fatos já concebidos em seu pensamento, tendo uma predisposição em dar maior relevância aos fatos que estão em consonância com a ideia preconcebida que ele estruturou durante todo o processo, rechaçando os dados contrários. Resultando em uma relação diretamente proporcional, ou seja, quanto mais o juiz analisa as questões atinentes ao inquérito,

decide pela recebimento da denúncia, analisa o deferimento de prisões e medidas cautelares, sedimenta ainda mais seu pré-julgamento, assim, estará mais propenso a decidir em desfavor do réu, distanciando-se de um julgamento imparcial.

Há contudo opinião divergente sobre a implementação da figura do Juiz das Garantias, tratando tal instituto como mera ideologia, sem qualquer base científica, estruturado a partir de suposições, declarando que a figura do magistrado em si só, já é garantia de imparcialidade, não justificando o custo dessa alteração legislativa (FERNANDES, 2010).

Cabe destacar, que a implantação do Juiz das Garantias foi suspensa, conforme decisão do Eminentíssimo Ministro Luiz FUX, do Supremo Tribunal Federal, relator das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.299, 6.300 e 6.305, que oportunamente serão apreciadas pelo Plenário (LIMA, 2020).

5 CONCLUSÃO

O modelo processual acusatório adotado por nosso ordenamento jurídico, conforme posicionamento doutrinário, busca um processo justo e democrático, em que as provas sejam produzidas pelos atores processuais acusação e defesa, por meio do procedimento do contraditório, onde o juiz despido de interesse e de forma imparcial decidirá sobre o mérito.

Conforme as acepções dos juristas acima dispostas, verifica-se que o advento do Juiz das Garantias é visto com bons olhos, pois está em consonância com o modelo processual acusatório. O problema agora reside na questão cultural, como foi apontado no desenvolvimento deste trabalho, pois os operadores do direito continuam vinculados à estrutura inquisitiva, prova disto, foi a decisão do Min. FUX, que suspendeu a implantação do Juiz das Garantias.

No caso, este juiz teria a função de uma espécie de escudo, blindando o magistrado que atuaria somente na fase processual, de qualquer contato com a fase pré-processual, preservando a imparcialidade, pois o estudo da teoria da dissonância cognitiva, realizado pelo jurista alemão SCHÜNEMANN e apresentado na obra do professor Aury Lopes Junior, demonstra que grande parte dos magistrados ao atuarem nas duas fases tendem a formarem um pré-julgamento, que influenciará diretamente na decisão de mérito.

A teoria da dissonância cognitiva formulada no campo da psicologia social, aplicada na seara do direito processual penal foi apresentada neste artigo de forma bem sucinta, de modo introdutório, todavia, ela se mostra muito pertinente ao tema aqui abordado, merecendo um estudo sistematizado. Demonstra também a necessidade de uma abordagem interdisciplinar, abandonando a análise pura e

simples das legislações, focando em agregar o conhecimento de outras ciências no ramo do direito.

Evidentemente, não há como se assegurar uma imparcialidade total, seria utópico, pois os juízes são pessoas e não um livro em branco, assim nos julgamentos, com toda certeza acabam decidindo com base em suas convicções e vivências, diferentemente das máquinas que respondem da mesma forma sempre, obedecendo as instruções pré-programadas.

Ante todo o exposto, a implementação do Juiz das Garantias é salutar, garantindo maior imparcialidade na decisão final, conseqüentemente, a suspensão imposta pelo STF deve ser revista de forma urgente, pois já não basta a espera de aproximadamente dez anos para alteração do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, GUSTAVO HENRIQUE RIGHI IAVHY. **Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias** Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-garantias.html>>. Acesso em: 03 ago. 2020.

DEZEM, GUILHERME MADEIRA. **Curso de Processo Penal (livro eletrônico)**. Coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Araújo Júnior – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FERNANDES, ABEL GOMES. "JUIZ DAS GARANTIAS": **inconsistência científica; mera ideologia – como se só um juiz já não fosse garantia**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIV, n. 51, p-98-105, out./dez. 2010.

LIMA, RENATO BRASILEIRO DE. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.1.952 p.

LOPES JUNIOR, AURY. **Direito processual penal** – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1232 p.

PACELLI, EUGÊNIO. Curso de processo penal – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

Revista Consultor Jurídico, 25 de novembro de 2019, 11h18. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-25/veja-stj-aplicado-pacto-san-josecosta-rica>>. Acesso em 29 mai. 2020.

(Im) possibilidade de recurso contra a decisão de não provimento de impeachment de ministro do STF

EWERTON FERREIRA GUIMARÃES LOURENÇO:

Pós Graduando em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Advogado, OAB/PR 96.897, Bacharel em Direito pela Universidade do Norte do Paraná.

RESUMO: O presente trabalho monográfico tem a intenção de estudar o processo de impeachment na sua origem e procurar responder a seguinte indagação “Seria possível vencer a decisão do Presidente do Senado Federal que nega o recebimento de denúncia contra Ministro do STF?” No decorrer do trabalho, nota-se que a origem do processo foi de criminal para política; que existe em território nacional desde a Carta Imperial, dois Presidentes já foram afastados por meio do procedimento um em 1992 e outro em 2016, nesse último com forte atuação do Judiciário. Atuação essa que inflou os ânimos no país em uma possível ditadura do judiciário e faz exigir meio de poder julgar ações ativistas (políticas) dos membros da Corte Maior, e após toda essa elucidação, tomando por base a ADPF 378, o acordo de liderança previsto no art. 412, III do RI do Senado Federal, e na decisão do ex-Presidente da Câmara Michel Temer em virtude do Impeachment do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com emprego o uso de jurisprudência, tratado internacional e com ordenamento jurídico, busca-se responder se existe possibilidade de revisão política de decisão que denegada o processamento de impeachment de Ministro do STF.

Palavras-chave: impeachment; Ministro do STF; Senado Federal.

ABSTRACT: The present work intends to study the impeachment process at its origin and to try to answer the following question: “Would it be possible to win the decision of the President of the Federal Senate that denies receiving a complaint against the STF Minister?” During the work, it is noted that the origin of the process was criminal to political; which has existed in national territory since the Imperial Charter, two Presidents have already been removed through the procedure, one in 1992 and the other in 2016, the latter with a strong role of the Judiciary. An action that inflated the mood in the country in a possible dictatorship of the judiciary and requires the means to be able to judge activist (political) actions of the members of the Greater Court, and after all this clarification, based on ADPF 378, the leadership agreement provided in art. 412, III of the Federal Senate RI, and in the decision of ex-Mayor Michel Temer due to the impeachment of President Fernando Henrique Cardoso, with the use of jurisprudence, international treaty and with legal order, we seek to answer whether

there is possibility of political review of decision that denied the impeachment processing of STF Minister.

KEYWORDS: Impeachment; STF Minister; Federal Senate.

1.INTRODUÇÃO

Brasil, em julho de 2013, passou por protestos populares de grande envergadura cujo ápice foi o aumento da tarifa do transporte público em R\$ 0,20 (vinte centavos) e acabou com protestos pelas obras da Copa do Mundo em 2014 e da ineficiência do serviço público.¹²⁶¹

Episódios seguintes da história nacional seriam a reeleição ex-Presidente Dilma, em uma eleição marcada pela polarização e o não reconhecimento do resultado das urnas¹²⁷, e a operação Lava Jato atingir lideranças do Partido dos Trabalhadores e o ex-Presidente da Câmara Eduardo Cunha.

A atuação do Poder Judiciário através do ex-juiz Sergio Moro, e das decisões do Supremo Tribunal Federal- STF sobre o impeachment da ex- Presidente Dilma Rousseff, colocam a questão da limitação do poder dos Ministros da Suprema Corte, em decisões do ano de 2016 foram afastados Presidente do Senado¹²⁸ e da Câmara dos Deputados.

Sendo essa atuação ainda mais evidenciada no ano de 2018 e 2020, quando o STF entrou no foco do debate político por seus vereditos, dentre os quais merecem destaque: (i) decisão do Min. Marco Aurélio deferindo soltura de presos condenados após segunda instância¹²⁹; (ii) impossibilidade do Delegado Federal

126 **ODILLA**, Fernanda. BBC Brasil, 2018. 5 anos depois, o que aconteceu com as reivindicações dos protestos que pararam o Brasil em junho de 2013? Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44353703>>. Acesso em 28 jun 20.

127 **MATAIS**, Andreza, et al. ESTADÃO, 2014. PSDB de Aécio Neves pede auditoria na votação. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,psdb-de-aecio-neves-pede-auditoria-na-votacao,1585755>>. Acesso em 28 jun 20.

128 **OLIVEIRA**, Marina. G1. 2016. Ministro do STF afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-do-stf-afasta-renan-da-presidencia-do-senado.ghtml>>. Acesso em 28 jun 20.

129 **BRASILINO**, Carlos Estênio; **PAIXÃO**, Ana Helena. Metropoles, 2018. Entenda a guerra de liminar no STF que inflamou a República. Disponível em: <

Ramagem tomar posse como Delegado Geral da Polícia Federal¹³⁰; (iii) abertura de inquérito de ofício no caso de fake news¹³¹.

Conjugando essas decisões e o ânimo nacional fruto de 2013, manifestações que vão da esquerda à direita radical começaram a tomar ruas pedindo afastamento de Ministros do STF, fechamento da instituição e o início do julgamento político dos membros da Corte Maior.

Desde o início da República, apenas se tem notícia de 2 processos de impeachment, dos presidentes Collor e Dilma. Nunca um Ministro do STF ou Procurador Geral da República- PGR foram processados por crime de responsabilidade, por mais que exista previsão legal.

O presente trabalho procurar averiguar se é possível dar prosseguimento a um pedido de impeachment em face de Ministro do STF, quando a decisão do Presidente do Senado Federal (SF) é pela improcedência, busca-se a possibilidade de existência de uma via recursal para tanto.

Com base na interpretação legal dos regimentos das Casas Legislativas, de Tratados Internacionais, investiga-se se existe um meio recursal sobre a decisão do Presidente do Senado Federal, não apenas para garantir apuração punição de eventuais desvios de conduta, mas também para resguardar os Ministros do STF de serem constrangidos ¹³² em processos ineptos, a ponto de tal ameaça influenciar na decisão dos Ministros da Corte maior.

No capítulo 2 do trabalho trabalha com a origem histórica do instituto do impeachment, sua origem na Grécia antiga, seu desenvolvimento na Inglaterra

<https://www.metropoles.com/brasil/justica/entenda-a-guerra-de-liminares-no-stf-que-inflamou-a-republica>>. Acesso em 28 jun 20.

130 **SHALDERS**, André. BCC Brasil, 2020. Alexandre de Moraes suspende nomeação de Ramagem para comando da Polícia Federal. Disponível em : < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52475818>> . Acesso em 28 jun. 20.

131 **D' AGOSTINO**, Rosanne, at. Al. G1, 2019. Toffoli abre inquérito para apurar “notícias fraudulentas”, ofensas e ameaças a ministros do STF. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-anuncia-inquerito-para-apurar-noticias-fraudulentas-que-ofendam-a-honra-do-stf.ghtml>> . Acesso em 28 jun. 20.

132 **MASCARENHAS**, Gabriel. Blog Lauro Jardim O Globo, 2020. Disponível em: < <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/tropa-bolsonarista-pressiona-senadores-votarem-impeachment-de-ministros-do-stf.html>. >. Acesso em 28 jun 20

absolutista e no Estados Unidos, ao final tratar sobre seu surgimento nas Cartas Constitucionais brasileiras e um breve relato de casos passados de impeachment no Brasil.

No capítulo 3 aborda a interpretação da Lei 1.079/50, depois do julgamento da ADPF 378, que definiu o rito de impeachment em 2016, para o caso Dilma e sua influência do processamento de pedido de impeachment de Ministro do STF.

Ao final no capítulo 4 analisa a possibilidade de uma via recursal contra decisão do Presidente do Senado Federal e sua existência através dos costumes constitucionais, dentre eles: voto de liderança e o acordo de liderança.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO INSTITUTO DO IMPEACHMENT

Na compreensão da matéria ora em debate se faz necessária uma leitura da evolução histórica do instituto do impeachment, com relatos de origem na Grécia e Roma antiga, passando pela Inglaterra Medieval e Contemporânea, chegando no novo Estado Americano formado em 1776. No Brasil, desde a época do Império existe mecanismo de expulsão de autoridades de cargos públicos.

Para melhor compreensão da evolução histórica do tema em comento, se faz necessário uma divisão em dois pontos de debate, em um primeiro momento será apresenta a evolução do instituto passando pela Idade Antiga, Inglaterra Medieval e Contemporânea, para se alcançar o território norte americano. Para, em um segundo momento, se debruçar apenas sobre a evolução histórica do impeachment nas Cartas Constitucionais brasileiras, evolução que começa no período imperial e se “encerra” com a ADPF 378, proferida no ano de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal e no julgamento da ex-Presidente Dilma.

2.1 IMPEACHMENT DA GRÉCIA PARA OS ESTADOS UNIDOS

De acordo com Carlos Maximiliano “de Costumes vetustos decorre o impeachment”¹³³. Desta maneira o processo como se conhece hoje, é fruto de evolução e construção frente aos movimentos sociais de limitação do poder seja o absolutista, seja o presidencialista, visto que segundo a Teoria da Constituição formulada por JJ. Canotilho, citado por Pedro Lenza¹³⁴, trata-se de um governo limitado, impeachment é forma de conter abusos.

133 **MAXIMILIANO**, Carlos. **Comentários a constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 2. p. 384.

134 **LENZA**, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p.

Canotilho identifica vários constitucionalismos, como o inglês, o americano e o francês, preferindo falar em “movimentos constitucionais”. Em seguida, define o constitucionalismo como uma “... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Conforme Pinto Ferreira¹³⁵, no berço da democracia antiga, existia um mecanismo de retirar do cidadão o direito de participar da vida pública, que consistia no exílio, em sua obra ele trata no caso do cidadão Themistocles, que por decisão da Assembléia Popular de Atenas foi exiliado de Roma, pelo uso irrestrito de fortuna pública.

Para o cidadão greco-romano, a pátria detinha um valor fundamental, a ponto da célebre frase de Plantão¹³⁶: “é a pátria que nos gera, nos alimenta e nos educa”, conforme relata Fustel de Coulanges.

Conforme salienta o professor Coulanges, a pátria está relacionada com o sentimento de antepassados e religião daquele cidadão, sendo que após ser exiliado, a pessoa deixava de possuir a condição de cidadão, desta maneira tinha sua honra violada, sendo considerada para a época essa penalidade como pena capital, visto que afetava diretamente o sentimento de pertencer ao grupo social e dele gozar dos benefícios como expõe o citado autor¹³⁷:

não possuindo mais culto, perdia a família; deixava de ser esposo e pai. Seus filhos deixavam de ficar sob sua autoridade, como sua mulher deixava de ser sua esposa, podendo, quando quisesse, tomar outro marido ... o exílio não lhe parecia suplício mais grave do que a morte. Os

135 **FERREIRA**, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 384.

136 **DE COULANGES**, Numa Denis Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975. P. 159

137 Id., 1975. P. 160-161

jurisconsultos romanos designavam-no mesmo de pena capital.

Colaborando com essa tese é o entendimento de Antônio Riccitelli¹³⁸, sobre o exílio para afastar os inimigos do estado.

o impeachment é um instituto derivado de costumes imemoriais. Inicialmente, os crimes eram julgados em reuniões dos membros da tribo ou do Estado. Após a criação dos tribunais, apenas as infrações de relevante importância pública continuaram a ser submetidas ao veredictum de todo o corpo de cidadãos, posteriormente, ao Conselho de Anciãos, chefes de família e senhores feudais. Em Atenas, o homem que representava algum tipo de risco para a sociedade era condenado, por uma assembleia popular, ao exílio político, ao ostracismo. Em Roma, os acusados de delito capital tinham o direito a um julgamento popular em praça pública.

Passado o período das cidades greco-romanas, se chega ao impeachment nas ilhas britânicas, segundo Antônio Riccitelli¹³⁹, o instituto no período inglês pode ser compreendido através de suas fases: a monárquica (criminal) e a republicana (política).

A espécie criminal nasceu no direito medieval inglês, simultaneamente ao surgimento das classes políticas que orbitavam a corte real: os nobres feudais e os novos burgueses. No meio dessa estrutura, o impeachment criminal nasceu, desempenhou função estratégica na implantação do sistema de governo parlamentarista inglês e, antes de desaparecer daquele contexto histórico, deixou marcas indelévels na Constituição norte americana. Ressurgiu com características distintas, não sugerindo punições físicas ou patrimoniais, tornando-se procedimento de características especialmente políticas. O impeachment

138 **RICCITELLI**, Antônio. **Impeachment à brasileira**: instrumento de controle parlamentar? Barueri: Minha Editora, 2006 p. 5

139 **RICCITELLI**, op. Cit., p. 5

republicano mediante um processo de mutação emergiu na fase da constituição escrita.

A primeira fase do impeachment britânico corresponde ao período que a Inglaterra se encontrava sob o absolutismo inglês, ou seja, o monarca valia de seu poder real para atingir de forma irrestrita a vida de todo cidadão conforme considera-se oportuno.

Esse poder real, segundo a teoria de Hobbes¹⁴⁰ era concedido pelo próprio povo, que outorgava ao soberano o poder de dirimir os conflitos sociais, para que as pessoas pudessem se organizar em sociedade constituída de paz social, visto que para o autor em sua obra o Leviatã, o estado natural do homem, era um estado de guerra, conforme se colaciona:

a ofensividade da natureza dos homens uns com os outros, deve-se acrescentar um direito de todos os homens a todas as coisas, segundo o qual um homem invade com direito, e outro homem com direito resiste, e os homens vivem assim em perpétua difidência, e estudam como devem se preocupar uns com os outros. O estado dos homens em sua liberdade natural é o estado de guerra ... aquele portanto que deseja viver num estado tal como é o estado de liberdade e direitos de todos sobre tudo, contradiz a si mesmo. Pois todo homem, pela necessidade natural, deseja o seu próprio bem, ao qual aquele estado é contrário, no qual supomos haver disputa entre os homens que por natureza são iguais e aptos a se destruírem uns aos outros.

Entretanto como se vigorava na época um estado absolutista, o monarca era isento de responsabilidade, como salienta Sérgio Borja¹⁴¹ na célebre frase: "king can do no wrong", todavia a essa possibilidade de irresponsabilidade não atingia seus auxiliares, que eram responsáveis e os primeiros alvos dos processos de impeachment.

o rei era isento de responsabilidades, o que se traduzia na expressão the king can do no wrong, ou seja, "o rei não erra", e por isso é insubstituível, o mesmo não acontecia com seus

¹⁴⁰ **HOBBS**, Thomas. **Os Elementos Da Lei Natural E Política: Tratado Da Natureza Humana, Tratado Do Corpo Político**. São Paulo: Ícone, 2002. P 96.

¹⁴¹ **BORJA**, Sérgio. **Impeachment**. Porto Alegre: Ortiz, 1992. p. 11

auxiliares, os ministros e os funcionários da coroa. Assim, por razões específicas, o rei era tido como inviolável, mas seus prepostos eram depositários de responsabilidades perante a nação.

Conforme coloca Cretella¹⁴² o impeachment nesse momento passa a ter uma conotação de atingir o próprio rei, através da pessoa de seus auxiliares, pois o primeiro encontrava-se revestido de completa irresponsabilidade.

"o impeachment foi o princípio de um modo indireto de atingir a pessoa do soberano por meio de uma acusação, formulada contra um Ministro, já que o Rei estava protegido por total irresponsabilidade."

Entretanto diferente do estado greco-romano, a primeira fase do impeachment inglês era criminal, e dotada de severas penalidades, como sintetiza o Riccitelli¹⁴³, visto que as penas passavam desde confisco dos bens para a morte, desta maneira os alvos do processo optavam por renunciar aos cargos antes do julgamento do caso.

Em virtude das implicações pesadas, como o pagamento de altas multas, o confisco de bens patrimoniais, a restrição de liberdade e, em alguns casos, pagando com a própria vida, os condenados pelo processo de impeachment, tentando fugir de terríveis penas, começaram a renunciar a seus cargos de ministros do rei, antes mesmo de ser instaurado o processo, evitando a hipóteses de serem réus do instituto.

Superada a fase criminal do processo de impeachment inglês, o povo britânico abandona o processo de impeachment criminal para dar origem a um impeachment político, sem garantia de direito de defesa através da Bills of Attainder, sendo mais célere, como coloca Riccitelli¹⁴⁴

a) diferente do impeachment, que é um processo judicial, a lei Bill of Attainder é um processo legislativo; b) é adotada por ambas as Câmaras; c) ao contrário do impeachment, não

142 **CRETILLA**, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. P 12.

143 **RICCITELLI**, op. Cit, p. 5

144 **RICCITELLI**, op. Cit p. 5

prescinde do assentimento formal do rei; d) de caráter indefinido do crime, apesar de ser mais aplicável à traição, não precisa se restringir à definição jurídica, podendo, portanto, ser utilizado para qualquer tipo de crime;

e) tem por origem de instauração a decretação da pena de morte ou banimento e a condenação por traição ou felonía.

Na fase de avaliação política conforme Borja¹⁴⁵: "a um juízo de valor penal, previamente definido em lei, aglutinou-se uma área de discricionariedade política", assim o processo de impeachment passa a ter o condão de avaliar o desempenho da pessoa no cargo e não a ocorrência de crimes de responsabilidade.

Fazendo um salto histórico a fim de concluir a ideia de impeachment no Reino Unido, cabe salientar que em 1688 ocorreu a Revolução Gloriosa, ficando afastado o poder irrestrito do monarca, fortalecendo o Parlamento, que assumia a Chefia de Governo, através do sistema parlamentarista, na lição de Pedro Salvetti Netto¹⁴⁶:

A partir da promulgação do "Bill of Rights", o Rei não mais podia governar sem o apoio parlamentar, e isto porque estabelecia esta solene declaração depender do Parlamento não só a cobrança dos impostos, mas ainda a permanência dos exércitos. Passa a Coroa, então, a formar seu gabinete, escolhendo os membros do partido majoritário no Parlamento, a fim de obter, por essa forma, o apoio do órgão legislativo no que concerne ao recolhimento dos tributos e à formação dos exércitos permanentes. Surge nessa ocasião a primeira característica do parlamentarismo, ou seja, o Gabinete formado com os membros do partido majoritário no Parlamento.

Assim o processo de impeachment dentro do Reino Unido tende a cair em esquecimento como salienta o ex-Ministro Paulo Brossard¹⁴⁷, visto que além de se tratar de um processo longo e judicial, o governo era dito irresponsável pela

145 **BORJA**, op. cit. P. 16

146 **SALVETTI NETTO**, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. P 136

147 **BROSSARD**, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992. P. 30.

lógica do sistema inglês poderia ser destituído com o fim da confiança do Parlamento.

Assim, num certo momento, o fluxo das instituições forçou caminho distinto do que até então vinha sendo trilhado. O impeachment se encaminhava para o museu das antiguidades, na medida em que novo estilo surgia nas relações entre os poderes, e para cujo advento ele fora instrumento poderoso; relegada a ideia de sanção criminal como solução ordinária de governo, o jogo da responsabilidade deixou de ser através das delongas de um processo judicial, passando a operar-se em termos de confiança política. Na frase sugestiva de Esmein, o processo preventivo iria substituir o processo repressivo.

Superado o impeachment no modelo britânico, faz-se mister analisar a compreensão norte-americana do instituto, que muito se deferência do modelo inglês.

A Constituição dos Estados Unidos da América¹⁴⁸, em seu art. 1º, seção 3, já preconiza que a pena do processo de impeachment atingirá apenas a possibilidade de manutenção do cargo eletivo, bem como a possibilidade de ocupação em outra função de tal envergadura:

Seção 3 O Senado dos Estados Unidos será composto de dois Senadores de cada Estado, eleitos por seis anos pela respectiva Assembléia estadual, tendo cada Senador direito a um voto. Logo após a reunião decorrente da primeira eleição, os Senadores dividir-se-ão em três grupos iguais, ou aproximadamente iguais. Decorridos dois anos ficarão vagas as cadeiras dos Senadores do primeiro grupo, as do segundo grupo findos quatro anos, e as do terceiro terminados seis anos, de modo a se fazer bianualmente a eleição de um terço do Senado. Se ocorrerem vagas, em virtude de renúncia, ou qualquer outra causa, durante o recesso da Assembléia estadual, o Executivo estadual poderá fazer nomeações

148 EUA. **CONSTITUIÇÃO 1787. CONSTITUIÇÃO DO ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.**
Disponível em:<

<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em 28 jun 20.

provisórias até a reunião seguinte da Assembléia, que então preencherá as vagas. Não será eleito Senador quem não tiver atingido a idade de trinta anos, não tiver sido por nove anos cidadão dos Estados Unidos, e não for, na ocasião da eleição, habitante do Estado que o eleger. O vice-presidente dos Estados Unidos presidirá o Senado, mas não poderá votar, senão em caso de empate. O Senado escolherá os demais membros da Mesa e também um Presidente pro tempore, na ausência do Vice-Presidente, ou quando este assumir o cargo de Presidente dos Estados Unidos. Só o Senado poderá julgar os crimes de responsabilidade (impeachment). Reunidos para esse fim, os Senadores prestarão juramento ou compromisso. O julgamento do Presidente dos Estados Unidos será presidido pelo Presidente da Suprema Corte. ***E nenhuma pessoa será condenada a não ser pelo voto de dois terços dos membros presentes.*** A pena nos crimes de responsabilidade não excederá a destituição da função e a incapacidade para exercer qualquer função pública, honorífica ou remunerada, nos Estados Unidos. O condenado estará sujeito, no entanto, a ser processado e julgado, de acordo com a lei. (grifos nosso)

A esse respeito, Tolomei¹⁴⁹ afirma que a Constituição norte-americana outorgou poderes ao Congresso Americano tão somente para analisar os crimes de responsabilidade, com a consequência de perda de cargo público, respeitando a jurisdição criminal e da justiça comum.

não foi do interesse dos constitucionalistas norte-americanos conferir poderes aos órgãos do Congresso Nacional para que estes pudessem impor ao réu do processo de impeachment penas que exorbitassem a natureza política de feito. Preferiram reservar à esfera judiciária eventual apreciação de conduta cujo reconhecimento criminal pudesse ensejar consequências que atingiriam não apenas o ocupante do cargo público, mas a pessoa por trás dela.

149 **TOLOMEI**, Fernando Soares. **Do Julgamento Do Presidente Da República Por Crimes De Responsabilidade**. Presidente Prudente: Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010. P. 25

Sendo que para título de compreensão da matéria o processo de impeachment é realizado pela Câmara e julgado pelo Senado, sendo o Presidente considerado "impeached" desde sua aprovação pela Câmara.

Nos precedentes americanos, existe registro do julgamento de impeachment do Juiz Distrital do Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Sul do Mississippi, o senhor Walter Nixon, sendo seu julgamento Senado Americano. Cabe ressaltar que dentro da legislação americana qualquer servidor público indiferente de ser de nível estadual, federal, municipal, pode ser denunciado por impeachment na Câmara e julgado pelo Senado.

O caso de Walter Nixon ocorreu em 1989, quando o então juiz foi acusado em intervir em um julgamento para favorecer seu ex-sócio de negócios Wiley Fairchild, conforme o site Legal Information Institute¹⁵⁰, sendo que acusado chegou a ingressar com pedido na Suprema Corte para revisar a decisão de sua condenação, visto que se deu no Senado por uma comissão especial e não pelo Plenário, que a época não deliberou pelo julgamento.

Por 6 votos a 3, a Corte entendeu que não caberia revisão judicial, visto que iria de encontro com a opção do constituinte americano sobre a separação dos poderes, entretanto como bem coloca Gerhardt (2000, p.120), o Ministro Souter afirmou que: "upon a summary determination that the official was a 'bad guy', ...judicial interference might well be appropriate" (com base em uma determinação sumária de que a autoridade denunciada era um "cara mau", (...), a interferência judicial seria bastante apropriada), com base nessa afirmação percebe-se que deve haver respeito pela opção dos congressistas americanos, porém o impeachment não está a serviço do interesse social ou do jogo de opinião dos momento, devendo ser usado apenas quando necessário, em especial quando se fala de Impeachment de autoridades judiciárias, como se extraiu do julgado.

1.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO IMPEACHMENT NO BRASIL E NAS SUAS CARTAS

A primeira carta brasileira a trazer o tema foi a Carta Monárquica de 1824, que todavia trazia a separação dos poderes em 4 instituições: Poder Moderador, Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, desta maneira já ficava claro pela leitura do art. 98, 99 e 101, incisos VI a VIII, o imperador era inviolável, ou seja,

150 LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Water L. Nixon, Petitioner v. United States et al.**

Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/506/224> > . Acesso em 28 jun 20.

tratava-se de pessoa que não estava sujeito a qualquer espécie de responsabilização por seus atos.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador (...)

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Como bem coloca Borja¹⁵¹ a respeito da questão da responsabilidade sobre quem recaia o processo “a responsabilidade política recaía sobre os ministros, que exerciam o governo do Estado e podiam, portanto, ser objeto do processo de impeachment”.

Desta maneira o Império através da Lei do Império de 15 de outubro de 1827¹⁵², tratou sobre o procedimento de julgamento dos Ministros e Conselheiros do Imperador, todavia a lei em comento não fazia referência aos Ministros de Corte Superior.

151 **BORJA**, Op. Cit .p 23

152 BRAZIL **LEI DO IMPÉRIO 15 DE OUTUBRO DE 1827**. Da responsabilidade dos Minsitros e Secretarios de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm>. Acesso em 28 jun.20.

Entretanto o Imperador através do art. 154 c/c art. 101, VII e art. 157, todos da Carta Imperial de 1827¹⁵³, poderia receber queixa sobre os atos dos juízes e suspender-lhes da função, e em casos de suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra "*eles acção popular*"; havia direito de regresso contra o magistrado sendo o autor da ação a vítima ou o próprio Estado Imperial.

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fórma da Lei.

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Superada a Carta de 1827, com a Proclamação da República em 1889, segundo Tolomei¹⁵⁴, o Estado tem sua configuração amplamente alterada, visto que se abandona o Estado Unitário, abre-se o Estado Federal e adota-se o sistema Presidencialista, inspirado no modelo norte-americano.

a forma de Estado unitário foi substituída pelo modelo Federal difundido na América do Norte, onde se concebeu a existência de vários estados membros, autônomos entre si, vinculados a um grande Estado Federal que os detinha sob sua autoridade mediante o uso de diploma constitucional.

... função típica do Poder Executivo, representado, em âmbito federal, pelo Presidente da República. Como não poderia deixar de ser com a adoção de novos ideais, dentre eles um dos mais marcantes a temporalidade do mandato do ocupante do cargo executivo, o Presidente da República,

153 IMPÉRIO BRAZIL. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL (DE 25 DE MARÇO**

DE 1824). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 28 jun 20.

154 **TOLOMEI** Op. cit. 26

se tornou responsável por qualquer dos atos que praticasse em contrariedade aos interesses do Estado.

O art. 53 e ss, da Constituição de 1891 trata dos crimes de responsabilidade apenas do Presidente e seus auxiliares em crimes conexos, colocando conforme o art.57 da Constituição de 1891, que os Ministros do STF em relação ao crimes de responsabilidade serão julgados pelo Senado Federal, sendo a primeira referência de responsabilidade funcional dos mesmos, e conforme art. 33, nos casos de impeachment de qualquer autoridade seria a sessão presidida pelo Presidente do STF, bem como a pena apenas atingiria o cargo ou a possibilidade de nova função, sendo que os crimes comuns seriam objeto de ação da justiça comum¹⁵⁵.

155 Art. 53 - O Presidente dos Estados Unidos do Brasil será submetido a processo e a julgamento, depois que a Câmara declarar procedente a acusação, perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, e nos de responsabilidade perante o Senado.

Parágrafo único - Decretada a procedência da acusação, ficará o Presidente suspenso de suas funções.

Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

1º) a existência política da União;

2º) a Constituição e a forma do Governo federal; 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;

4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais; 5º) a segurança interna do País;

6º) a probidade da administração;

7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;

8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.

§ 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.

§ 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso

Art. 57 - Os Juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juízes federais inferiores.

Posteriormente, como fruto da Revolução de 30, foi promulgada a Constituição de 1934, a qual trazia nos seus artigos 57 e 58 a responsabilidade do Presidente da República e no art. 75 a responsabilidade dos Ministros da Corte Suprema¹⁵⁶. Entretanto, o julgamento dos crimes de responsabilidade, deixa de

Art. 33 - Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve.

§ 1º - O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º - Não proferirá sentença condenatória senão por dois terços dos membros presentes.

§ 3º - Não poderá impor outras penas mais que a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro sem prejuízo da ação da Justiça ordinária contra o condenado.

156 Art. 58 - O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade.

§ 1º - Far-se-á a escolha dos Juízes do Tribunal Especial por sorteio, dentro de cinco dias úteis, depois de decretada a acusação, nos termos do § 4º, ou no caso do § 5º deste artigo.

§ 2º - A denúncia será oferecida ao Presidente da Corte Suprema, que convocará logo a Junta Especial de Investigação, composta de um Ministro da referida Corte, de um membro do Senado Federal e de um representante da Câmara dos Deputados, eleitos anualmente pelas respectivas corporações.

§ 3º - A Junta procederá, a seu critério, à investigação dos fatos arguidos, e, ouvido o Presidente, enviara à Câmara dos Deputados um relatório com os documentos respectivos.

§ 4º - Submetido o relatório da Junta Especial, com os documentos, à Câmara dos Deputados, esta, dentro de 30 dias, depois de emitido parecer pela Comissão competente, decretará, ou não, a acusação e, no caso afirmativo, ordenará a remessa de todas as peças ao Presidente do Tribunal Especial, para o devido processo e julgamento.

§ 5º - Não se pronunciando a Câmara dos Deputados sobre a acusação no prazo fixado no § 4º, o Presidente da Junta de Investigação remeterá cópia do relatório e documentos ao Presidente da Corte Suprema, para que promova a formação do Tribunal Especial, e este decreta, ou não, a acusação, e, no caso afirmativo, processe e julgue a denúncia.

§ 6º - Decretada a acusação, o Presidente da República ficará, desde logo, afastado do exercício do cargo.

ocorrer no Senado e conforme e passa ser realizado perante uma comissão especial comissão composta por: 3 membros da Câmara dos Deputados, 3 membros do Senado Federal e 3 membros da Corte Suprema, sendo essa comissão formado após Manifestação da Câmara, entretanto se a mesma ficar omissa em relação ao relatório da comissão investigativa, o Presidente da Corte Suprema, após decorrido 30 dias, promove a criação da comissão julgadora, o §7, do art. 58, da Constituição de 1891157º repete que a punição do impeachment atinge somente o cargo, não isentando das esferas cíveis e criminais.

A Carta de 1937158, no art. 100159, traz o julgamento dos Ministros do STF para o Conselho Federal, órgão que corresponde atualmente ao Senado Federal, ficando mantido que a punição atinge apenas o cargo de Ministro, não isentando de responsabilidade na seara civil e criminal.

§ 7º - O Tribunal Especial poderá aplicar somente a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações civis e criminais cabíveis na espécie.

Art. 75 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros da Corte Suprema serão processados e julgados pelo Tribunal Especial, a que se refere o art. 58.

157 **BRASIL. Constituição de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm> . Acesso 29 jun. 20.

158 **BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm> . Acesso em 29 jun. 20.

159 Art. 100 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão processados e julgados pelo Conselho Federal.

Art. 86 - O Presidente da República será submetido a processo e julgamento perante o Conselho Federal, depois de declarada por dois terços de votos da Câmara dos Deputados a procedência da acusação.

§ 1º - O Conselho Federal só poderá aplicar a pena de perda de cargo, com inabilitação até o máximo de cinco anos para o exercício de qualquer função pública, sem prejuízo das ações cíveis e criminais cabíveis na espécie.

§ 2º - Uma lei especial definirá os crimes de responsabilidade do Presidente da República e regulará a acusação, o processo e o

Sobre a Constituição de 1946, a mesma não trouxe inovações significativas em relação aos textos passados, conforme coloca Tolomei¹⁶⁰:

a Constituição de 1946 não introduziu qualquer novidade. Com efeito, tendo em mente o que se transcreveu aqui sobre o fato de ter esta Carta buscado inspiração nas duas promulgadas anteriormente, verifica-se que o constituinte de 1946 manteve o sistema de impeachment consagrado no texto de 1891, em forte homenagem ao modelo norte-americano de impedimento.

Porém conforme expõe Borja¹⁶¹, o marco desse período é a edição da Lei 1.079 de 10 de abril de 1950, que segundo o autor deu origem a uma maior especificidade dos crimes políticos, dando a ideia de tipicidade e estabelecendo o rito processual, trazendo contornos jurídicos ao processo político. Cabe ressaltar que a referida legislação continua vigente no país.

Última Constituição em comento neste capítulo é Carta de 1967, fruto do processo de ditadura militar pelo qual passava o Brasil, dentro do cenário nacional conforme salienta o professor Gilmar Mendes¹⁶² trata-se de um período conturbado.

em março de 1964, depois de período de conturbação política, as Forças Armadas intervieram na condução do país, por meio de atos institucionais e por uma sucessão de emendas à Constituição de 1946. De toda sorte, o Diploma não mais correspondia ao novo momento político. Em 1967, o Congresso Nacional, que se reuniu de dezembro de 1966 a janeiro de 1967, aprovou uma nova Constituição

160 **TOLOMEI**, Op. Cit, p. 54

161 **BORJA**, Op. Cit, p. 27

162 **MENDES**, Gilmar; **Branco**, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2019. p.113-114

Conforme o art. 44163 da Carta de 67164, se mantém o julgamento no Senado Federal e que a pena apenas incidirá sobre o cargo e possibilidade de reabilitação para função pública em um prazo de até 5 anos.

1.3. IMPEACHMENT COLLOR E DILMA (1992 X 2016)

No final da década de 1970 os militares iniciaram a transição política para fazer uma abertura planejada da democracia brasileira¹⁶⁵, essa ideia acabou encontrando resistência no movimento das “Diretas Já” o que levou a Emenda Dante de Oliveira que acabou não sendo aprovada.

Desta maneira a escolha do Presidente no ano de 1985 foi de forma indireta por um Colégio Eleitoral, os militares através do Partido Democrático Social (PDS) tinha como candidato o deputado Paulo Maluf (SP), diante da escolha de Maluf, José Sarney rompe com o PDS e se filia ao MDB (Movimento Democrático Brasileiro).

MDB teria como candidato a Presidente o mineiro Tancredo Neves e a Vice José Sarney, sendo eles eleitos por 480 votos, dando fim a 21 anos de regime militar, a posse marcada para o dia 15 de março de 1985.

No dia 13 de março, o Presidente eleito procurou tratamento médico, sendo internado imediatamente, vindo a ser transferido para São Paulo e falecendo no dia 21 de abril de 1985. Entretanto após muito debate político Sarney em respeito

163 Art. 44 - Compete privativamente ao Senado Federal:

- Julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade e os Ministros de Estado, havendo conexão;
- Processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal e o Procurador-Geral da República, nos crimes de responsabilidade.

Parágrafo único - Nos casos previstos neste artigo, funcionará Como Presidente do Senado o do Supremo Tribunal Federal; somente por dois terços de votos poderá ser proferida a sentença condenatória, e a pena limitar-se-á à perda do cargo com inabilitação, por cinco anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo de ação da Justiça ordinária.

164 **BRASIL, Constituição de 1967.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 29 jun 20.

165 **HISTÓRIA DO MUNDO.** Governo Sarney. Disponível em: <
<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/governo-sarney.htm>> . Acesso em 04 jul 20.

a decisão do Colégio Eleitoral tomou posse como Presidente em 15 de março, aguardando a recuperação de Tancredo Neves que nunca veio a ocorrer.

Durante seu governo foi promulgado a Constituição de 1988 e realizado o Plano Cruzado para conter a inflação que estava na casa de 215,27%, plano se baseava no congelamento de preços, ideia que não vingou e acabou levando a ocorrência do Plano Cruzado II, que reajustou os preços em 79%, em decorrência disso já em 1987 o Brasil anunciou sua moratória e a inflação chegou a casa dos 1973%.

Em 1989 ocorreu o primeiro pleito eleitoral direto na disputa estavam o ex-Presidente e eleito a época Fernando Collor de Mello e Luiz Inácio Lula da Silva, na época apenas Presidente do Partido dos Trabalhadores.

Após uma eleição polarizada entre ambos, onde se tinha por parte de Collor um discurso de modernidade do Estado brasileiro e o lema de “caça aos marajás”, em oposição ao discurso socialista radical empregado por Lula à época¹⁶⁶.

Durante a disputa houve questionamentos sobre o patrimônio do candidato Lula, em especial sobre um aparelho de som, bem como o candidato Collor chegou a usar um depoimento da ex- companheira de Lula, no qual ela dizia que o mesmo incentivou ela a fazer um aborto, diante de tantas polemicas que envolveram o candidato do PT, o ex governador de Alagoas se consagra eleito em segundo turno com mais de 35 milhões de votos¹⁶⁷.

Na gestão Collor, ocorreu graves acusações de corrupção por parte de denúncia realizada pelo irmão do ex-Presidente a revista Veja¹⁶⁸, que envolviam

166 **SEREZA**, Haroldo Ceravolo. UOL Notícias, 2009. Relação com a Globo “ajudou bastante”, lembra Collor; senador diz ter pensado, na véspera, que perderia a eleição. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/especiais/eleicoes-1989/ultnot/2009/11/15/ult9005u10.jhtm>> . Acesso em 29 jun 20.

167 **FERNANDES**, Bob. Revista Isto é, 2014. De saída, pulso forte. Disponível em: <[https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+/<](https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+/)>. Acesso em 29 jun. 20.

168 **AZEVEDO**, Reinaldo. Revista Veja, 2017. A entrevista que Pedro concedeu à VEJA há 20 anos e que está na raiz do ódio que Fernando Collor tem da revista. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-entrevista-que-pedro-concedeu-a-veja-ha-20-anos-e-que-esta-na-raiz-do-odio-que-fernando-collor-tem-da-revista/>> . Acesso em 04 jul 20.

o tesoureiro da campanha, o sr. PC Farias¹⁶⁹, e o uso de recursos de uma conta sua para reforma da Casa da Dinda e a compra de Fiat Elba¹⁷⁰, em posse desses dados a CPI que investigava o Presidente, acabou se tornando um processo de impeachment.

Na data de 21 de agosto de 1992, cerca de 40 mil estudantes cariocas orientados pela União Nacional dos Estudantes marcharam pedindo o impeachment de Collor. Em 1º de setembro de 1992, o então Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Sr. Marcello Lavenière, apresenta em nome da entidade, pedido de impeachment do Presidente da República,

Após o Presidente da Câmara a época, o sr. Ibsen Pinheiro (PMDB-RS) aceitar o prosseguimento do pedido de impeachment, o plenário através de relatório proferido pelo Deputado à época e ex-Ministro do STF Nelson Jobim, aceita o pedido de impeachment por 441 votos a favor e 33 contra, com imediato afastamento de Collor da Presidência da República.

Quando o processo chega ao Senado, antes do julgado ocorrer, na data de 29 de dezembro de 1992, o ex-Presidente, através de carta lida por seu advogado, renúncia à Presidência para tentar evitar o julgamento político.¹⁷¹

Ministro Presidente da Sessão, o Sidney Sanches coloca em votação a renúncia do Collor que não é aceita pelo Plenário do Senado, sendo ele julgado na inelegibilidade por 76 votos a favor e 3 contra.

No ano de 1993, o ex- Presidente ingressou com o MS 21.689 para discutir a possibilidade da aplicação de pena de inabilitação política após a renúncia, Saulo Ramos¹⁷² em sua biografia faz passagem sobre o caso, salientando que a época

169 **BERTONI**, Estevão; **VARELLA**, Juca. Folha de São Paulo, 2018. Mistério até hoje e sem culpado. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/20-do-assassinato-de-pc-farias/caso-pc-20-anos-do-crime/misterio-ate-hoje-e-sem-culpado.shtml>> . Acesso em 04 jul 20.

170 **Jornal do Carro**. Fiat Elba, o carro do impeachment do Collor, 2015. Disponível em: <<https://jornaldocarro.estadao.com.br/fanaticos/fiat-elba-o-carro-do-impeachment-de-collor/>>. Acesso em 04. Jul. 20.

171 **ZIEGLER**, Maria Fernanda. Aventuras na História, 2019. A destituição de Fernando Collor: por que ele renunciou?. Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-a-queda-fernando-collor.phtml>> Acesso em 29 jun. 20.

172 **RAMOS**, Saulo. **Código da Vida: Fantástico litígio judicial de uma família: Drama, suspense, surpresas e mistério**. 8º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil. P. 89- 100.

do julgamento três Ministros do STF se declararam impedidos de votar o *writ, pois*: (i) Min Sidney Sanches visto que presidiu a sessão no Senado Federal; (ii) Min. Marco Aurélio por ser parente do impetrante, e, (iii) Min. Francisco Rezek, por ter sido Ministro do Exterior do Governo Collor.

Com o quórum de 8 Ministro, o placar de julgamento ficou 4 para a concessão de segurança e 4 para negar, para resolver a questão, com base no art. 39 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Presidente Min. Galloti, convocou 3 Ministros do STJ, sendo eles: (i) José Dantas; (ii) Torreão Braz, e, (iii) William Patterson, sendo vencido os Ministros OS MINS. Ilmar Galvão, Celso de Mello, Moreira Alves e o Presidente Galloti, mantendo a decisão proferida pelo Senado na condenação de Collor, conforme apontou Lenza (2020, p. 520).

Sendo esse o entendimento do MS 21.689-DF em seu item VI: “VI — A renúncia ao cargo, apresentada na sessão de julgamento, quando já iniciado este, não paralisa o processo de «impeachment»”¹⁷³.

O processo de afastamento do ex-Presidente Collor seguiu de forma literal o procedimento instituído na Lei 1079/50, havendo durante o processo e após ele pouca participação do STF, seja deliberando sobre o procedimento ou sobre a possibilidade de revisão da decisão proferida pelo Senado.

O segundo processo de impeachment presidencial do Brasil ocorreu em face da Presidente Dilma Rousseff, eleita em uma eleição acirrada em 2014, após a qual o candidato derrotado no segundo turno, o Senador Aécio Neves, prometeu “oposição incansável”¹⁷⁴, discutindo a forma que se deu a vitória de Dilma e

173 BRASIL, MS nº 21.689/DF Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21689.pdf>

>. Acesso em 29 jun 20.

174 **MOTOMURA**, Marina; **AMORIM**, Felipe. Uol Política, 2015. Eduardo Cunha aceita pedido de impeachment da oposição contra Dilma. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/12/02/eduardo-cunha-impeachment.htm>>. Acesso em 29 jun. 20.

recorrendo por inúmeras vias para anulação das eleições, e sua posse como vitorioso¹⁷⁵.

Além do desgaste institucional dos recursos ao TSE, acrescido pelos protestos de rua de 2013, a denúncia do processo de impeachment realizado pelos advogados Janaína Paschoal e Miguel Reale Junior, relatavam que a mesma atuou em desconformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal, realizou estelionato eleitoral, vendendo uma realidade no Brasil que não viria a ocorrer e para tanto maquiou as contas públicas.

Junto a isso vem a operação Lava Jato que tem como alvo de seus processos o ex-Presidente Lula e o Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, este estava sendo investigado por manter contas secretas na Suíça, das quais negou ser dono perante CPI.

Após investigação criminal comprovante a existências das contas em nome do Dep. Eduardo Cunha, o mesmo foi alvo de processo na Comissão de Ética da Câmara e creditou todo esse desgaste político ao governo da Presidente Dilma, em razão disso ele rompe laços com o governo e aceita um dos pedidos de impeachment¹⁷⁶.

Aceito o pedido, o Partido Comunista Brasileiro (PC do B) ingressa com a ADPF 378 para discutir o rito do processo de impeachment¹⁷⁷, julgando a validade da Lei 1.079/50. Ao final do processo, o Ministro Luis Roberto Barroso proferiu voto minudenciando as fases do procedimento e como deveriam transcorrer.

O pedido foi aceito no Plenário da Câmara dos Deputados por 367 votos a favor e 147 contra, e, em seguida, aprovado pelo Senado Federal por 55 votos

175 **PASSARINHO**, Nathalia. G1 Política, 2014. PSDB pede a TSE cassação de Dilma e posse de Aécio como Presidente. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/psdb-pede-tse-cassacao-de-dilma-e-posse-de-aecio-como-presidente.html>>. Acesso em 29 jun 20.

176 **MOTOMURA**, Marina; **AMORIM**, Op. Cit, Disponível em:
<<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/12/02/eduardo-cunha-impeachment.htm>>.

177 **RICHTER**, André. Agência Brasil, 2015. Supremo vai definir todo o rito do processo de impeachment, diz Fachin. Disponível em: <<https://agenciabrasil.abc.com.br/politica/noticia/2015-12/supremo-vai-definir-todo-o-rito-do-processo-de-impeachment-diz-fachin>>. Acesso em 29 jun 20.

favoráveis e 22 contra, ficando afastada a Presidente do cargo, porém não inabilitada pelo período de 8 anos.

Durante a votação do pedido, o Senador Humberto Costa, líder do PT à época dos fatos, apresentou o Requerimento de nº 636/2016, para que, em forma de destaque, ocorresse a votação em separado da inabilitação política e da perda do cargo, conforme Lenza (2020, p.519)178.

Curioso o fato é que o requerimento se baseou em entendimento consagrado na obra do então vice-presidente e maior interessado no resultado do processo, o então vice-presidente Michel Temer, conforme notas taquigráficas da sessão179.

Pedido de fatiamento da votação foi aceito pelo Presidente da sessão, o Min. Ricardo Lewandowski, decisão complexa, sendo classificada pelo Min. Gilmar Mendes como um “tropeço no impeachment”180.

178 Fazendo uma interpretação ampliada da expressão “proposição” prevista no art. 312 do *RISF*, assim como diante da desnecessidade de aprovação plenária na forma do parágrafo único do art. 312 do *RISF*, introduzido pela *Res n. 8/2016*, o Min. Lewandowski, então Presidente do STF e, portanto, nos termos do art. 52, parágrafo único, da CF/88, Presidente do processo de *impeachment*, baseando-se na *Nota Informativa n. 2.660/2016*, da Consultoria Legislativa do Senado Federal, **acolheu o destaque** e determinou a **votação de modo fatiado**, passando os parlamentares a responder às seguintes indagações (votação realizada em 31.08.2016): i. “Cometeu a acusada os crimes de responsabilidade correspondentes à tomada de empréstimos junto à instituição financeira controlada pela União e à abertura de créditos sem autorização do Congresso Nacional, que lhe são imputados, devendo ser condenada à perda do seu cargo?” **SIM**: 61, **NÃO**: 20, **ABST**: 0; ii. ficando, em consequência, inabilitada para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de oito anos” (votação da expressão destacada): **SIM**: 42, **NÃO**: 36, **ABST**: 3. Na medida em que a Constituição exige o quórum de 2/3 para a condenação, ou seja, **54** votos, apesar de condenada à perda do cargo, Dilma Rousseff não ficou inabilitada para o exercício de função pública (cf. **Res. n. 35/2016**, *DOU*, Edição Extra de 31.08.2016).

179 Katia Abreu (PMDB- TO): ... “Quero lembrar que as penas são autônomas e independentes e não são acessórias. E não sou apenas eu que estou dizendo isso, mas começo aqui, colegas Senadores, com o grande constitucionalista Michel Temer, que, através de sua obra e de seu livro, reconhece, na p. 171, Michel Temer reconhece, que as penas são independentes e autônomas, e não são acessórias - Professor de Direito Constitucional. Mais ainda, nós temos o grande Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes e o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso”

180 **BRAGA**, Isabel. O Globo, 2016. Gilmar Mendes diz que “tropeço no impeachment” foi fatiar pena de Dilma. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-diz-que-tropeco-no-impeachment-foi-fatiar-pena-de-dilma-20200071> > . Acesso em 04 jul. 20.

Sem perder os direitos políticos, a ex-Presidente chegou a concorrer na eleição de 2018 ao Senado por Minas Gerais, e o TSE, em decisão plenária, declarou não ter competência para reavaliar decisão do Senado Federal.¹⁸¹

2. LEI DO IMPEACHMENT (Lei 1.079/50), NO JULGAMENTO DA ADPF 378 PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

O julgamento do Ministro do STF e do Procurador Geral da República em decorrência de crimes de responsabilidade, conforme o mandamento constitucional previsto no art. 52182, III, é de competência privativa do Senado Federal, então cabe a ele tanto o juízo de procedência do pedido como de mérito.

O processamento da denúncia encontra-se previsto nos arts. 377 a 382 do Regimento Interno do Senado Federal, como nota-se da leitura do art. 380183, I, do RI do Senado Federal: “recebida” denúncia nos casos de Ministro do STF, ela será lida no Período do Expediente da sessão seguinte.

Quando se fala em “recebimento” da denúncia em face do Presidente do República e Ministros de Estado em crimes conexos o arcabouço procedimento é detalhado seja pelo RI da Câmara dos Deputados ou pela Lei 1.079/50. Pois quando se trata de “recebimento”, o art. 218, §2º184 do RI da Câmara dos Deputados coloca como juízo de deliberação do Presidente da Casa.

181 **PERON**, Isadora; **MARTINS**, Luísa. Valor econômico, 2018. Por unanimidade, TSE libera candidatura de Dilma ao Senado por MG. Disponível em:

<<https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/10/04/por-unanimidade-tse-libera-candidatura-de-dilma-ao-senado-por-mg.ghtml>> . Acesso em 28 jun 20.

182 **Art. 52**. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

183 **Brasil**. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> . Acesso em 29 jun 20.

184 Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade.(...). § 2º Recebida a denúncia pelo Presidente, verificada a existência dos requisitos de que trata o

Em paralelo com a decisão proferida no MS 20.941- DF, julgado em 31/08/92, no impeachment do Collor, o juízo do Presidente da Casa é para exame inicial do recebimento da denúncia, sendo essa análise um exame de justa causa e do cumprimento de formalidades para o processamento da denúncia, como se nota da transcrição do julgado¹⁸⁵.

C) COMPETÊNCIA DO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, NO PROCESSO DO "IMPEACHMENT", PARA O EXAME LIMINAR DA IDONEIDADE DA DENÚNCIA POPULAR, QUE NÃO SE REDUZ A VERIFICAÇÃO DAS FORMALIDADES EXTRINSECAS E DA LEGITIMIDADE DE DENUNCIANTES E DENUNCIADOS, MAS SE PODE ESTENDER, SEGUNDO OS VOTOS VENCEDORES, A REJEIÇÃO IMEDIATA DA ACUSAÇÃO PATENTEMENTE INEPTA OU DESPIDA DE JUSTA CAUSA, SUJEITANDO-SE AO CONTROLE DO PLÊNARIO DA CAUSA, MEDIANTE RECURSO, NÃO INTERPOSTO NO CASO. 2. VOTOS VENCIDOS QUE, A VISTA DA L. 1.079/50 OU DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO, NEGARAM AO PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS PODER PARA A REJEIÇÃO LIMINAR DA DENÚNCIA PELOS MOTIVOS, QUE REPUTARAM DE MÉRITO, DA DECISÃO IMPUGNADA.

Cabe ao Presidente da Câmara um juízo eminentemente político sobre a conveniência ou não do prosseguimento da denúncia, sendo que indeferimento, existe a possibilidade de tal decisão ser revista no Plenário do Câmara dos Deputados, preconiza o art. 218, §3º¹⁸⁶.

parágrafo anterior, será lida no expediente da sessão seguinte e despachada à Comissão Especial eleita, da qual participem, observada a respectiva proporção, representantes de todos os Partidos.

185 **BRASIL**, MS nº 20.941-DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20941%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+20941%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kpmpywh>>. Acesso em 29 jun 20.

186 Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade (...)

§ 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário

Em 1999, o Deputado Milton Temer (PT/SP) apresentou recurso ao plenário da Câmara dos Deputados de nº 2099187 contra decisão de indeferimento do processamento de pedido de impeachment do Presidente Fernando Henrique Cardoso, com fundamento o art. 218, §3º, do RI da Câmara dos Deputados, sendo rejeitado no Plenário da Casa por 342 votos a favor da decisão e 100 votos contra a decisão.

Entretanto quando se trata do recebimento de impeachment de Ministro do STF, a Lei 1.079/50, a Constituição e o Regimento Interno do Senado Federal são omissos, cabendo perquirir nesse momento se existiria a possibilidade de via recursal e se sim de que modo.

Para título de exemplificação no período entre 11/04/2018 a 07/03/2019, existia 10 pedidos de impeachment contra Ministros do STF, sendo 05 deles julgados improcedentes, 05 em análise e 00 deferidos ou encaminhados a comissão especial, em diferença do impeachment do Presidente da República, que em indeferimento se discute a questão em plenário.

Resumo geral dos pedidos de Impeachment de Min. Stf (11/04/2018 a 20/11/2019)				
Nº da denúncia	Data do Processamento	Denunciado	Situação Atual	Resultado Final/ Parcial
Petição (SF) nº 4, de 2018	11/04/2018	Gilmar Ferreira Mende	Decisão: Indeferida pela	31/01/2019 - CONHECIDA.

187 **BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados**, ed 22 de junho de 1999. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22JUN1999.pdf#page=17> . Acesso em 29 jun. 20.

188 **BRASIL**. Petição de denúncia de Ministros do STF. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=impeachment&dataInicial=01%2F01%2F2019&dataFinal=20%2F11%2F2019&ano=2019&ordem=data&tipo-materia=PET+-+Peti%C3%A7%C3%A3o+%28SF%29&p=1> . Acesso em 29 jun 20.

			Presidência	
Petição (SF) n° 6, de 2018	10/07/2019	José Antônio Dias Tofolli	Decisão: Indeferida pela Presidência	31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) n° 7, de 2018	12/07/2018	José Antônio Dias Tofolli	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) n° 8, de 2018	23/10/2018	Luiz Fux	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.
Petição (SF) n° 10, de 2018	07/12/2018	Enrique Ricardo Lewandowski	Decisão: Indeferida pela Presidência	Último estado: 31/01/2019 - CONHECIDA.

Petição (SF) n° 2, de 2019	21/02/2019	Enrique Ricardo Lewandowski	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 3, de 2019	21/02/2019	José Antônio Dias Tofoli	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 4, de 2019	21/02/2019	José Antônio Dias Tofoli	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica
Petição (SF) n° 5, de 2019	21/02/2019	Marco Aurélio Mello	- -	Último local: 21/02/2019 - Assessoria Técnica

Petição (SF) nº 6, de 2019	07/03/2019	José Celso de Mello Filho; Luís Roberto Barroso; Luiz Edson Fachin; e Alexandre Moraes	- -	Último local: 13/03/2019 - Assessoria Técnica
----------------------------------	------------	--	-----	--

3. COSTUME CONSTITUCIONAL DO ACORDO DE LIDERANÇA NA CRIAÇÃO DA VIA RECURSAL SOBRE A INADMISSIBILIDADE INICIAL DO IMPEACHMENT DE MINISTRO DO STF

Quando se trata do juízo de admissibilidade do processo de impeachment do Presidente da República, a decisão que denega o recebimento da denúncia pode ser revista pelo Plenário da Casa, preconiza o art. 218, §3º189 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Entretanto dentro do processo de julgamento de impeachment de Ministro do STF, não existe previsão dessa possibilidade de revisão da decisão proferida pelo Presidente do Senado Federal, o que em tese poderia resultar em uma interpretação de que a decisão não comporta nenhum grau de revisão.

Ocorre que ao julgar o MS 34.592-DF, na data 06/10/2017, em razão do Presidente do Senado Federal Renan Calheiros, arquivar a PET 11/2016 em

face do Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, os autores da PET ingressaram com o *writ* perante a Suprema Corte alegando violação de competência do Chefe do Legislativo Nacional.

Fazendo leitura do rito do julgamento previsto nos arts. 379, 380 e 382 do RI do Senado Federal, os autores sustentaram que a competência do aceite ou não

189 Art. 218. É permitido a qualquer cidadão denunciar à Câmara dos Deputados o Presidente da República, o Vice-Presidente da República ou Ministro de Estado por crime de responsabilidade

... § 3º Do despacho do Presidente que indeferir o recebimento da denúncia, caberá recurso ao Plenário

da denúncia seria da Mesa do Senado Federal e não do Presidente, que ambos seriam órgãos diferentes e não poderiam ter suas competências usurpadas¹⁹⁰.

O relator do MS o excelentíssimo Ministro Edson Fachin, salientou que os impetrantes não foram capazes de demonstrar qual seria o dispositivo na Constituição Federal, RI do Senado ou na Lei 1079/50, que determina-se que a competência seria da Mesa do Senado e não do Presidente da Casa, e que a aplicação do regramento previsto ao Chefe do Executivo, se transformava em uma interpretação forçada do dispositivo legal.¹⁹¹

O voto ainda faz referência para ADPF 378, onde o Relator Ministro Luis Roberto Barroso, concluiu que a Câmara quando no julgamento da admissibilidade atua em um juízo “ eminentemente político ”¹⁹², trazendo esse pensamento ao julgamento de Impeachment de Ministro do STF, primeiro se estabelece que o aceite e o processamento de denúncia, por estabelecimento da Constituição apenas irá ocorrer no Senado Federal, art. 52, II¹⁹³.

¹⁹⁰ Desse modo, como primeiro fundamento, argumenta-se que o ato praticado pela autoridade impetrada, Presidente do Senado, é ilegal porque a competência privativa do Senado

Federal para admitir, processar e julgar (Lei nº. 1.079/1950, arts. 38, 44 e ss; RISF, arts. 379, 380 e 382) os Ministros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52; e RISF, art. 377, II), no que diz respeito a denúncia ou pedido de impeachment, está atribuída a Mesa e, não, à Presidência do Senado, pois trata-se de dois órgãos distintos, cada um com suas respectivas funções (eDOC 1, p. 4). Sustenta-se, desse modo, que a autoridade impetrada usurpou a competência da Mesa ao proferir decisão monocrática, a qual negou seguimento ao pedido de impeachment e determinou, de imediato, o seu arquivamento (eDOC 1, p. 5).

¹⁹¹ Como se vê, para abraçar a tese dos impetrantes do vício de competência, é necessária uma interpretação demasiado alargada das regras expressas que, em meu juízo, apontam justamente no sentido oposto: o da competência monocrática para o ato processual atacado. Isso porque, reitero, não há indicação, na inicial, de onde seja na Constituição Federal, seja na Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei 1.079/50) ou, ainda, no próprio Regimento Interno retira-se a previsão de que os arquivamentos de pedidos de impeachment, por ausência de justa causa, podem (ou devem) ser exercidos pela Mesa do Senado. Sem a base normativa adequada, os impetrantes recorrem à regra que trata do recebimento da denúncia por crime de responsabilidade do Chefe do Executivo, não aplicável *tout court* à hipótese. No tocante ao impedimento legal do Senador Renan Calheiros para a prática do ato hostilizado, também não prospera a tese da inicial, aqui parcialmente reproduzida com os grifos do original (eDOC 1, p. 8-9)

¹⁹² **ADPF 378, Op. Cit;**

¹⁹³ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do

De acordo a Lei 1079/50 no arts. 43194 e 73195 c/c art. 395196 do Código de Processo Penal, a denúncia realizada perante o Senado Federal deve ser apta a conduzir uma persecução político-penal, além de conter os elementos que evidenciam a denúncia ou onde podem ser encontrados.

Desta maneira fazendo uso do art. 395 do CPP, que trata da rejeição da denúncia ou queixa, quando a petição dirigida ao STF, não for capaz de demonstrar lastro probatório mínimo, denúncia foi inepta ou falta justa causa, a decisão do Presidente do Senado deve ser pela rejeição da petição e seu arquivamento.

Entretanto coloca o Pedro Lenza¹⁹⁷, citando o MS 21.564 da Relatoria para o acórdão do Min. Carlos Velloso, os deputados proferem um juízo político, ou seja, não se encontram vinculados integralmente ao julgamento técnico, mas sim a um critério político-jurídico

Nesse procedimento de autorização para instauração do processo (seja o liminar pelo seu Presidente, seja aquele realizado pelo Plenário), a Câmara dos Deputados profere juízo político, verificando, como anotou o STF, "... se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação

Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

194 Art. 43. A denúncia, assinada pelo denunciante com a firma reconhecida deve ser acompanhada dos documentos que a comprovem ou da declaração de impossibilidade de apresentá-los, com a indicação do local onde possam ser encontrados. Nos crimes de que haja prova testemunhal, a denúncia deverá conter o rol das testemunhas, em número de cinco, no mínimo.

195 Art. 73 No processo e julgamento de Ministro do Supremo Tribunal, ou do Procurador Geral da República serão subsidiários desta lei, naquilo em que lhes forem aplicáveis, o Regimento Interno do Senado Federal e o Código de Processo Penal.

196 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

- I - For manifestamente inepta; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
- II - Faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).
- III - Faltar justa causa para o exercício da ação penal. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

197 **LENZA**, Op.cit. p 1995

simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas” (MS 21.564, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, j. 23.09.1992, Plenário, DJ de 27.08.1993)

Desta maneira quando uma denúncia é protocolada, seja na Câmara dos Deputados em relação ao Presidente da República e Ministro de Estado em crimes conexos, ou no Senado Federal em relação ao Procurador Geral da República e Ministros do STF, conforme o MS 20941- DF, a competência de exame inicial dos requisitos é do Presidente da Casa Legislativa, cabendo nesse momento perquirir se haveria a sujeição a um duplo grau de “jurisdição”.

Da rejeição da denúncia em face de Ministro do STF, não existe recurso de forma expressa como no caso da decisão do Presidente da Câmara dos Deputados, todavia não se pode afastar a via recursal, em virtude a previsão de recurso no Pacto de São José da Costa Rica, nos 8, item 2 alínea ‘h’ 198 e art. 25¹⁹⁹.

Entendimento da doutrina nacional é de que o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra previsto expressamente no texto constitucional, sendo

198 Artigo 8º - Garantias judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

199 Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais

decorrência lógica da existência de órgãos de primeiro e segundo grau de jurisdição, conforme Badaró²⁰⁰ ²⁰¹

Entretanto em 2004, com a EC 45/04, que tratou da reforma do Judiciário, foi inserido no rol de direitos fundamentais o §3º²⁰², trazendo que os tratados internacionais sobre Direitos Humanos aprovados pelo quórum de emenda constitucional seriam equivalentes a uma.

Os tratados que não forem aprovados no quórum previsto na EC 45/04 ou forem anteriores a ela, como é o caso do Pacto de São José da Costa Rica²⁰³, possui o status de forma supralegal, conforme se extrai o julgamento do RE204 466343/SP205, Rel. Min. Cezar Peluso.

200 A Constituição de 1988, que foi pródiga em explicitar vários princípios constitucionais, não assegurou, expressamente, o duplo grau de jurisdição. Todavia, como a Magna Carta estrutura o Poder Judiciário, criando órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua destes últimos rever as decisões proferidas em primeiro grau, tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional implícito

201 **BADARÓ**, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito processual penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25.

202 **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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018)

203 **Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 04.jul.20

204 **BRASIL**. RE 466.343/SP, Rel, Min, Cezar Peluso. Disponível em:<
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>. Acesso em 04 jul.20.

205 O Tribunal retomou julgamento de recurso extraordinário no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia (DL 911/69: "Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil.") - v. Informativos 449 e 450. O Min. Celso de Mello, em voto-vista, acompanhou o

Então o Pacto de São José da Costa Rica encontra-se abaixo da Constituição Federal porém acima das leis ordinárias, onde estaria previsto CPP, a Lei 1079/50 e o Regimento Interno do Senado Federal.

Para poder ter sua aplicação a luz do que determina o art. 5º, §3º da CF, a doutrina supera o entendimento de controle de legalidade e constitucionalidade das leis processuais penais e passa aplicar conforme magistério de Guilherme Madeira 206 (Dezem, 2018), o controle de convencionalidade.

Assim uma lei penal deve ter sua aplicação em conformidade com que determina a Constituição Federal, as normas de caráter supralegal e em seguida em atendimento ao que está previsto no Código de Processo Penal e em leis esparsas.

voto do relator, no sentido de negar provimento ao recurso, ao fundamento de que a norma impugnada não foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional. Saliu, inicialmente, que, em face da relevância do assunto debatido, seria mister a análise do processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e das relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos, sobretudo diante do disposto no § 3º do art. 5º da CF, introduzido pela EC 45/2004. Asseverou que a vedação da prisão civil por dívida possui extração constitucional e que, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, abriu-se, ao legislador comum, a possibilidade, em duas hipóteses, de restringir o alcance dessa vedação, quais sejam: inadimplemento de obrigação alimentar e infidelidade depositária.

206 Normas de direito processual penal existem não apenas no Código de Processo Penal. Também elas estão previstas em tratados e convenções internacionais e na Constituição Federal. Não raro estas normas podem entrar em conflito entre si: o CPP ou mesmo a CF podem apresentar uma disposição que esteja em conflito com tratado internacional. Surge a questão, então, de como compatibilizar estes conflitos (antinomias). [...] A análise de determinada disposição legal é objeto de dupla filtragem: de um lado tem-se a análise

tradicional do controle de constitucionalidade das leis, que consiste em verificar a compatibilidade entre a disposição legal e a Constituição Federal. No entanto, há outra filtragem a que nosso raciocínio jurídico não está acostumado, trata-se do chamado controle de convencionalidade das leis. O controle de convencionalidade das leis é o filtro que cuida da compatibilidade entre a legislação e as convenções de direitos humanos. A lição de Valério MAZZUOLI é clara neste sentido: "à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º) é lícito entender que o clássico 'controle de constitucionalidade' deve agora dividir espaço com esse novo tipo de controle ('de convencionalidade') da produção e aplicação da normatividade interna." O controle de convencionalidade pode ser vocalizado em duas ordens. Na ordem interna, o controle de convencionalidade pode ser feito tanto pelo STF quanto por qualquer juiz, de maneira que se assemelha ao controle de constitucionalidade. Na ordem internacional o controle de convencionalidade é feito pelo Tribunal Internacional de Direitos Humanos a que o país esteja submetido e, no caso brasileiro, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Todo esse entendimento desenvolvido até o momento mostrou capaz de responder que em respeito aos direitos fundamentais do cidadão, previsto na CF, bem como no Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia em tese perquirir a possibilidade de revisão da decisão do Chefe do Legislativo Nacional, no modelo do art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados.

Esboçado tal compreensão ainda se tem a problemática da falta de previsão específica de via recursal, visto que não existe previsão dessa modalidade no RI do Senado, na Lei 1079/50 e tão pouco na CF.

Para tanto se faz necessário fazer um traço no trabalho, para tecer uma comentário sobre a condução do processo legislativo no Congresso Nacional, por mais que exista um Regimento Interno para orientar os trabalhos, nota-se que os parlamentares no dia a dia, afastam sua aplicação através do jogo político, para melhor condução dos temas na Casa207, e para esse acordo se dá o nome de "acordo de lideranças".

Esse acordo de liderança se assemelha ao voto de liderança, considerado pelo Ministro Luis Roberto Barroso²⁰⁸ (2018, p.96), como um costume constitucional pela via da mutação constitucional, sendo já reconhecido no STF, através da fundamentação do RE 254.559/SP209.

O acordo de liderança em si, possui expressa previsão no RI do Senado Federal, no art. 412, III, o qual coloca que em caso de caso de decisão unanime respeitando o quórum mínimo 3/5, poderia ser afastado o regimento interno ou aplicado uma nova regra para objeto específico.

207 **SENADO NOTÍCIAS.** Líderes fixam datas para votação da reforma política e da PEC dos gastos, 2016. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/19/lideres-fixam-datas-para-votacao-da-reforma-politica-e-da-pec-dos-gastos> > . Acesso em 04 jul. 20.

208 Exemplo de costume constitucional, no direito brasileiro, é o reconhecimento da possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação à lei que fundadamente considere inconstitucional. Outro caso é o do voto de liderança nas Casas Legislativas sem submissão da matéria a Plenário.

209 Quanto à matéria de fundo, no caso concreto, afastou-se expressamente do cenário jurídico nacional o Diploma, em razão da pecha de conflitante com a Carta da República sob o ângulo formal. Nas palavras do Tribunal de origem, a Lei Complementar nº 56/87 seria inconstitucional "por não ter sido aprovada por maioria absoluta da Câmara dos Deputados, como se impunha, mas por votação simbólica, em razão de acordo de lideranças.

Essa prática encontra amparo nas decisões proferidas como questão de ordem, como no caso da Questão de Ordem nº 1/2011210 de 23/02/2011, na qual o Senador Itamar Franco, questionou sobre a ordem de tramitação do PLC nº 01/2011, e teve como resposta que durante a sessão o Presidente questionou se os membros do Senado estavam de acordo com a mudança de pauta para iniciar a votação do novo projeto, não havendo objeção, ocorreu a apreciação do PLC nº 01/2011.

Outro exemplo do uso do acordo de liderança é o caso da Questão de Ordem 14/2017211 de 25/05/2017, no qual a Senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR), cobrou explicação sobre o rito de tramitação do MPV 763/2016, e exigiu que fosse respeitado acordo de líderes²¹² sobre a tramitação da MPV 763/2016, como resposta do Presidente do Senado foi informada que não havia acordo de líderes e sim decisão monocrática do Presidente sobre o rito.

210 **SENADO FEDERAL.** Questão de Ordem nº 1/2011 de 23/02/2011. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2542>> . Acesso em 04 jul. 20.

211 **SENADO FEDERAL.** Questão de Ordem nº 14/2017 de 25/05/2017. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2775>> . Acesso em 04 jul. 20.

212 A Senadora GLEISI HOFFMANN formula questão de ordem quanto aos prazos para apreciação de medida provisória em plenário, requerendo que seja respeitado o acordo de lideranças cujos termos foram expostos pela Presidência do Senado em abril e maio de 2013. Conseqüentemente, requer (1) que somente sejam lidas em plenário medidas provisórias que cheguem ao Senado com antecedência de 7 dias ou mais do prazo final de sua vigência; (2) que as medidas provisórias lidas sejam apreciadas após o prazo de duas sessões deliberativas ordinárias; (3) que esse prazo só possa ser reduzido por acordo de lideranças. Esclarece, ainda, que a liderança do PT concorda com a redução de prazo exclusivamente quanto à Medida Provisória nº 763, de 2016, que trata do FGTS. O Presidente, Senador EUNÍCIO OLIVEIRA, responde à senadora que não há registro de acordo de líderes, mas sim de decisão monocrática do então Presidente do Senado. Desse modo, o prazo de 7 dias de antecedência do prazo final de vigência não está fixado mediante dispositivo regimental nem acordo de lideranças, podendo ser estipulado pela Presidência. Já em relação ao prazo de duas sessões após a leitura em plenário, decide que será respeitado por se tratar de previsão regimental. Finalmente, reconhece o consentimento da liderança do PT quanto à redução de prazo relativamente à medida provisória ora em deliberação, frisando ainda que sustentará o diálogo com os líderes do Senado e com o Presidente da Câmara dos Deputados para garantir a possibilidade de devolver medidas provisórias emendadas para aquela Casa, tal como inerente ao sistema bicameral. menos

Quando da tramitação da PEC que criava no novo regime fiscal, conhecido como Teto de Gastos Públicos, a Senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) ingressou com o MS 34.450 -MC/DF213, no qual questionava o acordo de líderes que alterava a previsão regimental da tramitação da proposta de emenda.

Quando da decisão o Ministro Luís Roberto Barroso²¹⁴ afirmou que o acordo de lideranças poderia “viabilizar a superação de normas regimentais” e sendo assim denegou o Mandado de Segurança, e asseverando que não poderia nesse caso caber intervenção do Judiciário²¹⁵.

Estando de maneira uniforme na jurisprudência do STF, e do Plenário do Senado Federal através das respostas às Questões de Ordem, a possibilidade de o acordo de lideranças prever um rito de tramitação legislativa fora do previsto no Regimento Interno da Casa.

Precedendo o tema tratado em virtude do controle de convencionalidade discorrido no início do capítulo, nota-se uma possibilidade de oferecer ao Plenário do Senado Federal oportunidade de se manifestar sobre a decisão de arquivamento de denúncia em face de Ministro do STF, no modelo proposto no art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados.

213 **BRASIL. MS 34540- MC/DF**, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho701568/false>> . Acesso em 04 jul. 20.

214 A existência de acordo quanto ao calendário permitiria contornar a exigência das sessões ordinárias, por aplicação da regra do art. 412, III, do RI/SF, que viabiliza a superação de normas regimentais por acordo de lideranças. 9. Como se vê, o acolhimento da tese da inicial pressupõe

215 Antes de encerrar, cumpre dizer que nada na presente decisão importa qualquer juízo de valor sobre o acerto ou o desacerto do conteúdo da PEC que institui o teto dos gastos, questão de natureza política que refoge à alçada desta Corte. Nem, tampouco, impede eventual questionamento de seu mérito caso venha a ser aprovada. Trata-se, tão somente, de o Judiciário não impedir a tramitação, discussão e deliberação de tema de interesse nacional, cuja instância própria de debate é o Congresso Nacional, como já tive oportunidade de destacar nos três mandados de segurança anteriormente impetrados contra a PEC em exame (MSs 34.448, 34.474 e 34.507). 12. Diante do exposto, indefiro o pedido liminar. 13. Notifique-se a autoridade impetrada para prestar informações, bem como intime-se o órgão de representação judicial da respectiva pessoa jurídica para, querendo, ingressar no feito (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I e II). 14. Na sequência, abra-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República (Lei nº 12.016/2009, art. 12). Publique-se. Intimem-se. Brasília, 13 de dezembro de 2016 Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator

Por meio de um acordo de liderança (art. 412, III, RI do Senado Federal), baseado no art. 5º, §3º da CF c/c no art. 8º, item 2, alínea “h” e art. 25 do Pacto São José da Costa Rica; arts. 43 e 73 da Lei 1.079/50 e art. 395 do CPP, apresentar a seguinte questão de ordem:

“Diante da negativa do Presidente do Senado Federal em dar prosseguimento ao pedido de denúncia em face Ministro do STF, com amparo no art. 412, III, do RI do Senado Federal e art. 5º, §3º da CF c/c no art. 8º, item 2, alínea “h” e art. 25 do Pacto São José da Costa Rica; arts. 43 e 73 da Lei 1.079/50 e art. 395 do CPP, por meio de acordo de liderança, solicitar que a interpretação do teor do acordo de lideranças firmado no Senado Federal, inclusive à luz de fato superveniente (deferimento de medida liminar na ADPF 402). Em razão disso, não pode a matéria ser objeto de intervenção do Judiciário, por se tratar de tema interna corporis decisão política do Presidente do Senado (ADPF 378), tenha grau de revisão perante o Plenário”

Como se trata de um acordo de liderança cabe ressaltar que sua existência dependerá de conveniência política, sendo feito o acordo, ele poderia em tese ser formulado em Questão de Ordem a ser apresentar ao Presidente do Senado Federal, que em caso de recebimento daria início a votação de revisão de sua decisão, em caso de improcedência da Questão de ordem, conforme o art. 408216 do RI do Senado Federal, a decisão do Presidente em não reconhecer o acordo de líderes poderia ser revista em Plenário e caso fosse, forçar a votação sobre o juízo de procedência da denúncia.

Portanto com base no exposto seria possível em tese de conveniência política existir um duplo grau de jurisdição no caso de improcedência de denúncia de Ministro do STF no Senado Federal, mesmo não existindo uma previsão expressa conforme se tem no art. 218, §3º do RI da Câmara dos Deputados, em

216 Art. 408. Havendo recurso para o Plenário, sobre decisão da Presidência em questão de ordem, é lícito a esta solicitar a audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a matéria, quando se tratar de interpretação de texto constitucional. § 1º Solicitada a audiência, fica sobrestada a decisão. § 2º O parecer da Comissão deverá ser proferido no prazo de dois dias úteis, após o que, com ou sem parecer, será o recurso incluído em Ordem do Dia para deliberação do Plenário. § 3º Quando se tratar de questão de ordem sobre matéria em regime de urgência nos termos do art. 336, I, ou com prazo de tramitação, o parecer deverá ser proferido imediatamente, podendo o Presidente da comissão ou o relator solicitar prazo não excedente a duas horas

um juízo meramente acadêmico, ainda possível de ser testado em âmbito político, se nota uma possibilidade de revisão de decisão.

5. CONCLUSÃO

Na obra “Os Onze, O STF e seus bastidores”²¹⁷, o escritor Felipe Recondo, lucidando sobre o ingresso do Min. Alexandre Moraes para a corte, comenta que “Uma indicação mal calculada pode levar país para o lado oposto ao desejado” e que em regra os Presidentes não fazem noção da sua escolha e seus efeitos para além de seus mandatos, reduzindo na frase “Ministro do STF é vitalício; presidente da República, não”²¹⁸.

O trabalho começou dizendo que impeachment nasce da ideia de limitar o poder do governante, seja através de seus prepostos, seja na sua própria pessoa, quando se tem um sistema Presidencialista, com base na teoria do constitucionalismo moderno.

Percorreu-se a história, desde a Grécia antiga, até o Estado Americano, para então notar-se que o impeachment inicia como um banimento, para tirar a pessoa do Estado e de sua gestão. Na Inglaterra medieval avança e se torna um procedimento de duas fases, a primeira criminal que atinge os Ministros de Estado e resultaria em severas penas corporais e patrimoniais. E uma segunda fase de natureza política, onde o direito de defesa era mínimo.

Nos EUA, se tem um procedimento que pode atingir qualquer funcionário público, sendo que existe precedente para ocorrência com membros do Judiciário, como ocorreu com o ex-juiz distrital Nixon.

No Brasil, desde a Carta Imperial existe a possibilidade de julgar os membros do Judiciário por crimes de responsabilidade. A forma do processo foi se alterado ao longo dos anos, inicia-se com a retirada do membro pelo Imperador, criação de comissão especial para julgamento, até atingir a sua fase final, sendo competência privativa do Senado Federal.

Não se pode perder de vista que as denúncias contra os Membros do STF, sempre foram provocadas em razão de suas decisões, que em algum momento desagradaram parcelas da população, sendo consideradas como “ditaduras do

²¹⁷ **Recondo**, Felipe; **Weber**, Luiz. **Os onze, o STF, seus bastidores e suas crise**. Companhia das Letras, 1ª ed. São Paulo, p. 119.

²¹⁸ **Recondo**, Felipe; **Weber**, Luiz, *ibidem*. p.120.

STF”, importante manifestação do Min. Barroso^{94219 220} sobre o tema, citado por Lenza, que o papel iluminista da Corte Suprema, deve ser ocasional, sem pender para um popularismo judicial e intervir na política.

Trabalho apresentado através de um amplo estudo do procedimento, da existência ou não de via recursal expressa, concluiu que se tratando de juízo de (im) procedência político oferecido pelo Presidente do Senado, pode em tese ocorrer a superação da decisão se houver acordo de lideranças para deliberar sobre o tema.

O Plenário do Senado é absoluta e apenas contra a decisão dele é que não cabe revisão, como ocorreu no caso do MS 21.689/DF, referente ao caso Collor, desta maneira existe a possibilidade, porém cabe ocorrer conveniência política pela opção da via recursal e seu aceite pelos Senadores, não sendo um fim absoluto ou expresso em si mesmo.

A existência de um meio de vencer a decisão de improcedência da denúncia em face de Ministro do STF, não faz o uso da medida obrigatória, visto que para sua ocorrência se faz necessário um acordo que contemple a unanimidade dos Senadores. Poder julgar o STF, não é atentar contra a democracia, mas sim conservá-la, porém julgar o STF para destruir a democracia, é a forma mais covarde de ditadura das maiorias.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Reinaldo. Revista Veja, 2017. A entrevista que Pedro concedeu à VEJA há 20 anos e que está na raiz do ódio que Fernando Collor tem da revista. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/a-entrevista-que-pedro-concedeu-a-veja-ha-20-anos-e-que-esta-na-raiz-do-odio-que-fernando-collor-tem-da-revista/>>.

BERTONI, Estevão; **VARELLA**, Juca. Folha de São Paulo, 2018. Mistério até hoje e sem culpado. Disponível em: < <http://temas.folha.uol.com.br/20-do-assassinato->

219 **LENZA**, Op. Cit. P.79

220 papel **contramajoritário** pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável **ditadura do Judiciário**; o papel **representativo** pode desandar em **populismo judicial**, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função **iluminista** tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, **atrasa a história**”.

de-pc-farias/caso-pc-20-anos-do-crime/misterio-ate-hoje-e-sem-culpado.shtml>

BRAGA, Isabel. O Globo, 2016. Gilmar Mendes diz que “tropeço no impeachment” foi fatiar pena de Dilma. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-mendes-diz-que-tropeco-no-impeachment-foi-fatiar-pena-de-dilma-20200071>>.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BORJA, Sérgio. **Impeachment**. Porto Alegre: Ortiz, 1992.

BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DE 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>.

BRASIL, Constituição de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>.

BRASIL, Constituição de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL, MS nº 21.689/DF Rel. Min. Carlos Velloso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anelxo/MS21689.pdf>>.

BRASIL. Regimento Interno do Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISF+2018+Volume+1.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>> .

BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2012-2019%20A.pdf>> .

BRASIL, MS nº 20.941-DF Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+20941%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+A>>

DJ2+20941%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kpmpywh>.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, ed 22 de junho de 1999. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD22JUN1999.pdf#page=17>.

BRASIL. Petição de denúncia de Ministros do STF. Disponível em:

<<https://www6g.senado.leg.br/busca/?colecão=Projetos+e+Mat%C3%A9rias+-+Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=impeachment&dataInicial=01%2F01%2F2019&dataFinal=20%2F11%2F2019&ano=2019&ordem=data&tipo-materia=PET+-+Peti%C3%A7%C3%A3o+%28SF%29&p=1>>.

BRASIL. RE 466.343/SP, Rel, Min, Cezar Peluso. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>>.

BRASIL. MS 34540- MC/DF, Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho701568/false>> .

BRAZIL LEI DO IMPÉRIO 15 DE OUTUBRO DE 1827. Da responsabilidade dos Minsitros e Secretarios de Estado e dos Conselheiros de Estado. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-15-10-1827.htm>.

BRASILINO, Carlos Estênio; PAIXÃO, Ana Helena. Metropoles, 2018. Entenda a guerra de liminar no STF que inflamou a República. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/justica/entenda-a-guerra-de-liminares-no-stf-que-inflamou-a-republica>>.

CRETELLA, José Júnior. **Do Impeachment no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

DE COULANGES, Numa Denis Fustel. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: Hemus, 1975.

D' AGOSTINO, Rosanne, at. Al. G1, 2019. Toffoli abre inquérito para apurar "notícias fraudulentas", ofensas e ameaças a ministros do STF. Disponível em:<<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/03/14/toffoli-anuncia-inquerito-para-apurar-noticias-fraudulentas-que-ofendam-a-honra-do-stf.ghtml>>.

DEZEM, Guilherme Madeira. Curso de processo penal. 3ª ed. São Paulo: RT, 2018.

EUA. **CONSTITUIÇÃO 1787. CONSTITUIÇÃO DO ESTADOS UNIDOS DA**

AMÉRICA. Disponível em: <
<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDid aPESSOALJNETO.pdf>>.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Bob. Revista Isto é, 2014. De saída, pulso forte. Disponível em: <
[https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+/>.](https://istoe.com.br/385087_DE+SAIDA+PULSO+FORTE+/)

HISTÓRIA DO MUNDO. Governo Sarney. Disponível em: <
<https://www.historiadomundo.com.br/idade-contemporanea/governo-sarney.htm>>.

HOBBS, Thomas. Os Elementos Da Lei Natural E Política: Tratado Da Natureza Humana, Tratado Do Corpo Político.

IMPÉRIO BRAZIL. **CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRASIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824)**. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>.

Jornal do Carro. Fiat Elba, o carro do impeachment do Collor, 2015. Disponível em: <
<https://jornaldocarro.estadao.com.br/fanaticos/fiat-elba-o-carro-do-impeachment-de-collor/>> .

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Water L. Nixon, Petitioner v. United States et al**. Disponível em: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/506/224>> .

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MASCARENHAS, Gabriel. Blog Lauro Jardim O Globo, 2020. Disponível em: <
<https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/tropa-bolsonarista-pressiona-senadores-votarem-impeachment-de-ministros-do-stf.html>. >.

MATAIS, Andreza, et al. ESTADÃO, 2014. PSDB de Aécio Neves pede auditoria na votação. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,psdb-de-aecio-neves-pede-auditoria-na-votacao,1585755>>.

MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários a constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. v. 2.

MENDES, Gilmar; **Branco**, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13º ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2019.

MOTOMURA, Marina; **AMORIM**, Felipe. Uol Política, 2015. Eduardo Cunha aceita pedido de impeachment da oposição contra Dilma. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/12/02/eduardo-cunha-impeachment.htm>>.

ODILLA, Fernanda. BBC Brasil, 2018. 5 anos depois, o que aconteceu com as reivindicações dos protestos que pararam o Brasil em junho de 2013?. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44353703>>.

Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

OLIVEIRA, Marina. G1. 2016. Ministro do STF afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/ministro-do-stf-afasta-renan-da-presidencia-do-senado.ghtml>>.

PASSARINHO, Nathalia. G1 Política, 2014. PSDB pede a TSE cassação de Dilma e posse de Aécio como Presidente. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/12/psdb-pede-tse-cassacao-de-dilma-e-posse-de-aecio-como-presidente.html>>.

PERON, Isadora; **MARTINS**, Luísa. Valor econômico, 2018. Por unanimidade, TSE libera candidatura de Dilma ao Senado por MG. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2018/10/04/por-unanimidade-tse-libera-candidatura-de-dilma-ao-senado-por-mg.ghtml>>.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida: Fantástico litígio judicial de uma família: Drama, suspense, surpresas e mistério**. 8º ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil.

RECONDO, Felipe; **WEBER**, Luiz. **Os onze, o STF, seus bastidores e suas crise**. Companhia das Letras, 1ª ed. São Paulo,

RICHTER, André. Agência Brasil, 2015. Supremo vai definir todo o rito do processo de impeachment, diz Fachin. Disponível em:

<<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-12/supremo-vai-definir-todo-o-rito-do-processo-de-impeachment-diz-fachin>>.

RICCITELLI, Antônio. **Impeachment à brasileira**: instrumento de controle parlamentar? Barueri: Minha Editora, 2006.

SALVETTI NETTO, Pedro. **Curso de teoria do estado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SHALDERS, André. BCC Brasil, 2020. Alexandre de Moraes suspende nomeação de Ramagem para comando da Polícia Federal. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52475818>>.

SENADO NOTÍCIAS. Líderes fixam datas para votação da reforma política e da PEC dos gastos, 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/19/lideres-fixam-datas-para-votacao-da-reforma-politica-e-da-pec-dos-gastos>>.

SENADO FEDERAL. Questão de Ordem nº 1/2011 de 23/02/2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2542>>.

SENADO FEDERAL. Questão de Ordem nº 14/2017 de 25/05/2017. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2775>>.

SEREZA, Haroldo Ceravolo. UOL Notícias, 2009. Relação com a Globo “ajudou bastante”, lembra Collor; senador diz ter pensado, na véspera, que perderia a eleição. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/especiais/eleicoes-1989/ultnot/2009/11/15/ult9005u10.jhtm>>.

TOLOMEI, Fernando Soares. **Do Julgamento Do Presidente Da República Por Crimes De Responsabilidade**. Presidente Prudente: Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2010.

ZIEGLER, Maria Fernanda. Aventuras na História, 2019. A destituição de Fernando Collor: por que ele renunciou? Disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/historia-a-queda-fernando-collor.phtml>>.

RELAÇÕES DE CONSUMO EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

JULIANA MATOS PEREIRA: Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Atuação realizada junto a Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor. Atuante junto a Promotoria com atuação no Juizado Especial Criminal. Pós-graduada em Direito Processual e em Direito Público. Ministrou aulas junto a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais. Ministrou tutoria virtual junto ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional do Ministério Público nas disciplinas de Improbidade Administrativa e Justiça Restaurativa.

I – Introdução

Pensávamos que a Terceira Guerra Mundial seria representada por um exército de militares empunhando armas superpoderosas. Receávamos as relações internacionais estabelecidas entre Estados Unidos e países como Coreia do Norte, Rússia, Irã.

Entrementes, a “Terceira Guerra Mundial” atingiu a sociedade global através de um vírus invisível, causando 22 (vinte e dois) milhões de casos e 780.000 (setecentos e oitenta) mortes pela covid-19 no mundo, segundo dados apresentados pelo jornal El País²²¹.

Em decorrência da pandemia, as relações jurídicas, de um modo geral, sofreram fortes impactos. No âmbito das relações estabelecidas entre consumidores e fornecedores, verificam-se mudanças de comportamento da sociedade, em razão da necessidade de isolamento social e, ao mesmo tempo, necessidade de adaptações dos contratos vigentes, seja por meio da revisão, seja da rescisão contratual.

Nesse sentido, escolas tiveram suas atividades presenciais interrompidas e estabeleceram a educação à distância como forma de manter o ano letivo escolar.

²²¹ Notícias sobre o coronavírus e a crise política no Brasil. Disponível: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-19/ao-vivo-noticias-sobre-o-coronavirus-e-a-crise-politica-no-brasil.html> Acesso em 19.08.2020.

Por sua vez, o transporte escolar restou prejudicado. Os alunos estudam em casa e, conseqüentemente, suspendeu-se ou rescindiu-se o contrato de transporte escolar.

Como cediço, as academias de ginásticas tiveram suas atividades suspensas em decorrência da edição de decretos municipais que buscavam resguardar a saúde dos clientes e, em razão disso, contratos foram suspensos ou interrompidos.

Outrossim, viagens, passagens aéreas e terrestres, pacotes turísticos, shows, eventos como casamentos foram cancelados ou adiados em decorrência do surto pandêmico de covid-19.

Lado outro, visualiza-se ainda o incremento do *e-commerce*. Segundo dados apresentados pela Revista Exame, o faturamento das vendas online no segundo trimestre de 2020 foi de 33 bilhões de reais, alta de 104% em relação ao mesmo período de 2019, quando o faturamento ficou em 16 milhões²²².

Diante do contexto global, este artigo pretende demonstrar a importância da tutela dos direitos dos consumidores, enquanto sujeito hipossuficiente e vulnerável no âmbito das relações de consumo, ressaltando a presunção de vulnerabilidade absoluta da parte mais frágil da relação jurídica.

II – Coronavírus: caso fortuito ou de força maior.

A pandemia de coronavírus representa, no ramo jurídico, caso fortuito ou de força maior, visto que se trata de um fato imprevisível e irresistível. Não se pretende, neste artigo, discorrer a respeito das diferenças e similaridades entre as expressões caso fortuito ou de força maior, até porque há controvérsia na própria Doutrina.

O Código de Defesa do Consumidor não prevê expressamente o caso fortuito ou de força maior como hipótese de exclusão da responsabilidade do fornecedor. A norma consumerista constante no artigo 14, §2º²²³ dispõe que a responsabilidade do fornecedor de serviço será excluída se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Nesse cenário, mister registrar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que se refere ao caso fortuito, demonstrando a diferença entre

²²² E-commerce vende R\$33 bilhões na pandemia puxado por alimentos e bebidas. Disponível em: <https://exame.com/negocios/e-commerce-vende-r-33-bilhoes-na-pandemia-puxado-por-alimentos-e-bebidas/> Disponível em 15.08.2020.

²²³ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

fortuito interno e fortuito externo. No tocante ao fortuito interno, entende-se que o risco faz parte da atividade do fornecedor e, portanto, a responsabilidade cabe ao mesmo. Como exemplo, cita-se o atraso na entrega do imóvel pela construtora, o que enseja pagamento de indenização durante o período de mora do promitente-vendedor.

Noutro giro, compreende-se que o fortuito externo não faz parte do risco do empreendimento do fornecedor e, portanto, não há responsabilidade de indenização. Para exemplificar, citem-se os fenômenos naturais como vulcão e terremoto.

Nas palavras do autor Felipe P. Braga Netto²²⁴, a doutrina, ao invés de distinguir caso fortuito ou de força maior, distingue o fortuito interno do fortuito externo, a ver:

Atualmente, ao invés de distinguir o caso fortuito da força maior, a doutrina – e a jurisprudência – contemporânea distingue o fortuito interno do fortuito externo. E essa distinção é, sim, relevante, porque no primeiro caso o dever de indenizar será mantido (fortuito interno), ao passo que no segundo (fortuito externo) o dever de indenizar fica afastado.

O autor ainda discorre que o fortuito interno ocorre quando o dano sofrido pela vítima guarda relação com a atividade desenvolvida pelo ofensor, de forma que este responde, ainda que, comprovadamente, a culpa do dano seja de terceiro. Lado outro, o fortuito externo ocorre quando o dano não guarda relação com atividade desenvolvida pelo ofensor, o que afasta o dever de indenização deste último.

A pandemia de coronavírus se encaixa no conceito de fortuito externo, o qual não gera responsabilidade de indenização para qualquer das partes da relação jurídica de consumo.

Nesse sentido, os contratos podem vir a ser suspensos, rescindidos, revisados, sem que isso implique em inadimplemento contratual ou no pagamento de multa contratual ou cláusula penal por qualquer das partes da relação jurídica de consumo.

III – Teoria da Base Objetiva do Negócio Jurídico.

²²⁴ NETTO. Felipe P. Braga. *Manual de Direito do Consumidor à luz da jurisprudência do STJ*. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p.194-195

O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso V²²⁵, estabelece ser direito do consumidor *“a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que os tornem excessivamente onerosas”*.

Ao contrário do Código Civil, que adota a Teoria da Imprevisão, o Código de Defesa do Consumidor não exige análise da previsibilidade para que ocorra a revisão contratual. A norma consumerista, em observância ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, considera que a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor já é o suficiente para que a revisão contratual se opere.

Aliás, discorre ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo (2013, p. 430, apud MARQUES, 2003, p. 413):

A norma do art. 6º do CDC avançou ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra do seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, o desaparecimento do fim essencial do contrato.

A propósito, convém ressaltar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça relativamente ao tema contrato de arrendamento mercantil (leasing) de veículos, cujas prestações estavam atreladas ao dólar. Na oportunidade, o Tribunal Superior entendeu que a desvalorização do real face ao dólar em janeiro de 1999 alterava a base contratual e, portanto, ensejava revisão contratual, esclarecendo que não houve análise da questão da previsibilidade do fato.

A propósito, segue ementa do *leading case* do Superior Tribunal de Justiça²²⁶:

CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATO COM CLÁUSULA DE REAJUSTE PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. VALIDADE. ELEVAÇÃO ACENTUADA DA COTAÇÃO DA MOEDA NORTE-AMERICANA. FATO NOVO. ONEROSIDADE EXCESSIVA

²²⁵ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

²²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27472594%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27472594%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27472594%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27472594%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em 13.08.2020

AO CONSUMIDOR. REPARTIÇÃO DOS ÔNUS. LEI N. 8.880/94, ART. 6º. CDC, ART.

6º, V.

I. Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art. 6º da Lei n. 8.880/94).

II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n. 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de fato superveniente ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de onerosidade excessiva para o consumidor que tomou o financiamento.

III. Índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99 inclusive, eqüitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 472.594/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/02/2003, DJ 04/08/2003, p. 217)

À semelhança do julgado do Superior Tribunal de Justiça, a pandemia de coronavírus constitui situação de onerosidade excessiva ao consumidor, o que gera o direito deste à aplicação do artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor²²⁷ nos contratos de execução continuada ou diferida.

IV – Contratos consumeristas

²²⁷ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 14.08.2020.

O surto pandêmico de coronavírus caracteriza caso fortuito externo, que não decorre da atividade de risco do fornecedor e, portanto, não gera responsabilidade de indenização em razão de eventual suspensão e/ou rescisão contratual para nenhum dos sujeitos da relação de consumo.

Nesse sentido, incabível a aplicação de ônus, de multa contratual, cláusula penal a qualquer das partes da relação consumerista, se eventual suspensão ou rescisão contratual decorrer da pandemia de covid-19.

Embora o Código de Defesa do Consumidor não preveja expressamente a situação pandêmica, os princípios constantes no artigo 4º e os direitos garantidos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor²²⁸ são fundamentais para compreensão dos efeitos dos contratos consumeristas afetados pela pandemia.

Orientações, recomendação, medidas provisórias, notas técnicas foram editadas a fim de resguardar a observância dos princípios e dos direitos estabelecidos no Estatuto Consumerista.

Atendo-se ao Estado de Minas Gerais, o Procon Estadual de Minas Gerais emitiu notas técnicas com intuito de recomendar formas de resolução dos conflitos entre fornecedores e consumidores, sempre na perspectiva de observância de diálogo, bom senso e boa fé.

Cite-se a Nota técnica nº 1²²⁹ do mencionado órgão consumerista que tratou dos efeitos da pandemia nos contratos escolares. A orientação do órgão se deu no sentido da concessão de desconto de 29,03% aos consumidores relativamente à interrupção das aulas no período de 23 a 31 de março de 2020, ressalvada a hipótese de antecipação de férias no período. Orientou-se ainda que os fornecedores enviassem aos consumidores proposta de revisão contratual, para vigorar durante o período de suspensão das atividades presenciais, com a previsão de atividades escolares e respectivo valor mensal. Na oportunidade, ainda ressaltou a importância da apresentação da planilha de cálculo elaborada no início do ano, com as despesas diárias previstas, e compará-las com os custos acrescidos e reduzidos no período de atividades não-presenciais.

²²⁸ CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 14.08.2020.

²²⁹ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 1. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20cnica%20Procon-MG%20N_%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20cnica%20Procon-MG%20N_%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20(1).pdf) Acesso em 19.08.2020.

Outrossim, a referida nota técnica ainda recomendou a suspensão do contrato de educação infantil até o término do período de isolamento social, haja vista impossibilidade de execução do contrato na forma virtual.

Por derradeiro, a nota técnica ainda salientou que se trata de opção do consumidor a rescisão do contrato, não podendo a conduta ser interpretada como inadimplemento contratual.

O órgão consumerista também editou a Nota Técnica nº 03²³⁰ com o objetivo de orientar fornecedores e consumidores a respeito dos efeitos dos contratos de transporte escolar. Na orientação, o Procon Estadual de Minas Gerais recomendou que os transportadores enviem aos consumidores proposta de revisão contratual, a vigorar durante o surto pandêmico. Essa proposta deveria considerar as despesas inicialmente previstas e as não realizadas durante a pandemia.

A Nota Técnica ainda ressalta sobre a possibilidade de o consumidor rescindir o contrato de transporte escolar, sem pagamento de multa contratual, haja vista o cenário de caso fortuito ou força maior.

Cite-se também a Nota técnica nº 04²³¹ editada pelo Procon Estadual de Minas Gerais, que tratou dos contratos com academia de atividades físicas/esportivas. Recomendou-se aos fornecedores a consideração da viabilidade de prorrogação do prazo de execução contratual, pelo tempo da suspensão em razão da pandemia de coronavírus.

Ressaltou-se ainda a possibilidade do consumidor rescindir o contrato, haja vista a pandemia se encaixar na hipótese de caso fortuito ou de força maior, esclarecendo que nenhuma multa ou cláusula penal deverá recair ao consumidor.

Registre-se ainda o Aviso 04 editado também pelo Procon Estadual de Minas Gerais, em que tratou da elevação, sem justa causa, do preço de produtos e serviços pelo fornecedor, com abuso da necessidade do consumidor, durante o período de pandemia.

²³⁰ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 03. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20(2).pdf) Acesso em 15.08.2020.

²³¹ Procon Estadual de Minas Gerais. Nota técnica nº 4. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20(1).pdf) Acesso em 21.08.2020.

Infelizmente, houve aumento de valores, sem justa causa, de produtos como álcool em gel, máscaras, botijão de gás, itens da cesta básica, no período de pandemia, o que constitui prática abusiva às relações de consumo, com ofensa direta ao artigo 39, incisos V e X do Código de Defesa do Consumidor²³².

V – Da conciliação

No presente momento, a melhor alternativa para as partes da relação de consumo é a conciliação, o diálogo entre as partes.

Hipoteticamente, se a maioria dos contratos de consumo fossem rescindidos pelos consumidores, teremos um caos econômico, o que a ninguém interessa.

Portanto, na situação atual, devemos trabalhar com a serenidade, transparência, boa fé, visto que o coronavírus constitui caso fortuito ou de força maior, que não pode gerar responsabilidade de indenização para qualquer das partes da relação de consumo.

Lado outro, o Poder Judiciário está afogado em processos e não daria uma resposta mais satisfatória em relação à solução encontrada a partir do diálogo das partes.

VI – Conclusão

Os efeitos dos contratos de consumo foram alterados em razão da pandemia de coronavírus: caso fortuito e de força maior. Seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, podemos compreender a pandemia de coronavírus como fortuito externo, ou seja, o fato não relacionado com o risco da atividade empresarial, o que exclui responsabilidade do fornecedor.

No Código de Defesa do Consumidor, aplica-se a Teoria da Base Objetiva, de forma que, independentemente da previsibilidade e desde que haja onerosidade excessiva para o consumidor, há possibilidade de revisão contratual.

Nesse íterim, como estamos diante de um caso fortuito externo e diante da alteração da base objetiva do contrato, entende-se ser possível a revisão contratual e, a critério do consumidor, a rescisão do negócio jurídico, sem qualquer imposição de multa para qualquer das partes, mesmo que haja previsão contratual.

²³² CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em 13.08.2020.

A situação inusitada exige bom-senso, diálogo, conciliação entre as partes, esclarecendo que o consumidor não pode ser penalizado com multas, valores, mesmo que previstos contratualmente, se a revisão ou rescisão contratual ocorrer em razão da pandemia de covid-19.

Referências

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos esquematizado*. São Paulo: Editora Método, 2013, p. 430.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a pandemia do coronavírus (covid-19). *Revistas de Direito do Consumidor*, vol. 129/2020, p. 111-129.

BRASIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Lei federal nº 8.078/90. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em 13.08.2020.

E-commerce vende R\$ 33 bilhões na pandemia puxado por alimentos e bebidas. Disponível: <https://exame.com/negocios/e-commerce-vende-r-33-bilhoes-na-pandemia-puxado-por-alimentos-e-bebidas/> Disponível em 15.08.2020.

MUCELIN, Guilherme; D'Aquino, Lúcia Souza. *O papel do Direito do consumidor para o bem estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de covid-19*. *Revista de Direito do Consumidor* | vol. 129/2020 | p. 17 - 46 | Maio - Jun / 2020

Notícias sobre o coronavírus e a crise política no Brasil. Disponível: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-08-19/ao-vivo-noticias-sobre-o-coronavirus-e-a-crise-politica-no-brasil.html> Acesso em 19.08.2020.

NETTO, Felipe P. Braga. *Manual de Direito do Consumidor à luz da Jurisprudência do STJ*. Editora Juspodivm: 2017.

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 1. [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tcnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tcnica%20Procon-MG%20N%201-2020%20-%20Contratos%20escolares%20(1).pdf)

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 03. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/NT%20Procon-MG%2003-2020%20-%20Transporte%20escolar%20(2).pdf)

PROCON ESTADUAL DE MINAS GERAIS. Nota técnica nº 4. Disponível em: [file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user-pc/Downloads/Nota%20Tecnica%20Procon-MG%20N%204-2020%20-%20Academias%20de%20ginastica%20(1).pdf)

O PROBLEMA DAS NULIDADES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ROGÉRIO AUGUSTO BOGER FEITOSA:

Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Procurador do Município de São Paulo. Ex-Procurador do Estado de São Paulo. Advogado.

Resumo: O presente artigo trata da controvérsia jurídica existente quanto à aplicabilidade da Teoria das Nulidades ao ramo do Direito Administrativo, em especial, aos contratos administrativos, regidos atual e principalmente pela Lei Federal nº 8.666/1993. Ainda, traz à baila o tratamento normativo concebido pelo Congresso Nacional para a Nova Lei de Licitações, segundo o Projeto de Lei nº 4.253/2020, recentemente aprovado por ambas as suas Casas.

Palavras-chave: Teoria das Nulidades. Contratos administrativos. Nova Lei de Licitações. Proporcionalidade.

Sumário: Introdução. 1. A Teoria das Nulidades e o Direito Administrativo. 2. As nulidades nos contratos administrativos e o tratamento concebido para a Nova Lei de Licitações. 3. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A questão atinente à nulidade dos atos jurídicos é objeto de estudo pela Ciência do Direito já há bastante tempo, sendo usualmente considerada como espécie típica de sanção derivada da inobservância de normas jurídicas por autoridade ou sujeito às quais se encontre vinculado²³³.

Nesse sentido, ao menos desde o desenvolvimento das teorias positivistas do século XIX, é reconhecidamente aceita como verdadeira a proposição de que, sob um olhar eminentemente sistemático, a legitimidade dos atos jurídicos inferiores de

²³³ Nesse toar, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que "*os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidade é antitética à conformidade com o Direito*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 473).

um ordenamento depende de sua perfeita adequação ao que informam aqueles outros atos considerados superiores²³⁴.

Por outro lado, a significação jurídica da contrariedade verificada entre atos de diferentes escalões é alvo de relevantes debates nos mais diversos campos do Direito, tendo se originado no Direito Privado o que se convencionou chamar de Teoria das Nulidades, que tem hoje, ainda, alguma dificuldade de conformação com as nuances próprias do Direito Administrativo.

Com efeito, a incidência da legalidade, como norma basilar orientadora da atuação pública, e o comum acolhimento, no campo do Direito Administrativo, da ideia de que o ato nulo não produz efeitos – em consonância com o brocardo latino *quod nullum est, nullum producit effectum* – frequentemente conduzem o intérprete a uma compreensão excessivamente formalista a respeito do tema, funcionando, em certas ocasiões, como dogmas desvinculados dos fins efetivamente perseguidos pelo Estado.

Ocorre que, sob o ponto de vista prático, esse entendimento, embora incorporado ao artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993²³⁵, é repetidamente colocado em xeque em situações reais examinadas pelo gestor público, especialmente quando o ato inquinado corresponde a um contrato administrativo. Isso porque, em não raras vezes, a constatação da existência de um vício jurídico se dá apenas em um segundo momento, quando o concerto já produziu, ao menos em parte, os seus efeitos, inclusive prestacionais e financeiros, e a sua extirpação do mundo jurídico pode ter o condão de gerar importantes prejuízos ao interesse público.

Ademais, verifica-se que, sob a égide da Lei Federal nº 8.666/1993, os cientistas do Direito não foram capazes de conceber fórmulas jurídicas que pudessem ser abraçadas com segurança pelo gestor ao apreciar acertos contratuais defeituosos²³⁶, o que, na realidade, apenas deixa transparecer a dificuldade e,

234 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 232.

235 Artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993: “A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa” (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

236 Entende-se, em aderência à exposição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., ser a decidibilidade o objeto da Ciência do Direito, pois se direciona à criação de instrumentais teóricos à tomada de decisões de cunho jurídico, ou seja, à definição de pressupostos subjacentes aos próprios processos decisórios.

principalmente, os riscos ínsitos à tomada de decisão, mormente pela possibilidade de algum órgão de controle vir a apresentar apontamentos que destoem da deliberação administrativa.

Diante desse cenário marcado por embaraços práticos e teóricos, o presente trabalho propõe-se a expor a divergência doutrinária a respeito do ajustamento da Teoria das Nulidades ao Direito Administrativo e, em especial, aos contratos administrativos. Ainda, pretende-se tratar dos aspectos gerais da normativa que, pertinente ao tema, foi concebida para a Nova Lei de Licitações, cuja vigência depende, sob ótica do processo legislativo, apenas da sanção presidencial e da subsequente promulgação do seu texto de lei²³⁷.

1. A Teoria das Nulidades e o Direito Administrativo

Se, desenvolvida pelo Direito Privado, a Teoria das Nulidades ainda causa celeumas nesse âmbito jurídico, a sua transposição para o Direito Administrativo é objeto de ainda maiores discussões, mormente no que concerne à eficácia dos atos jurídicos contrários à ordem normativa em vigor.

Preliminarmente, contudo, ao exame dessas questões, impende que se tragam à baila algumas noções relativas aos diferentes planos do fenômeno jurídico, mais precisamente, aos planos da existência (ou da perfeição), da validade e da eficácia, com vistas a tornar possível uma adequada compreensão do tema.

Em rigor, pode-se afirmar que o plano da existência (ou da perfeição) diz respeito ao campo em que se situam aqueles fatos considerados *jurídicos*, ou seja, na linha do que expõe Caio Mário, a partir da concepção de Savigny, aqueles

Por via de consequência, a Ciência Jurídica se manifesta como pensamento eminentemente tecnológico, na medida em que os seus enunciados visam a estabelecer condições à prolação de decisões, sejam elas legislativas, judiciárias, administrativas, contratuais e etc., e têm como parâmetro de validade a sua relevância prática (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 49-51).

237 Cabe pontuar que o PL nº 4.253/2020, aprovado recentemente pelo Congresso Nacional e pendente da sanção presidencial, destina-se a substituir, dentre outros diplomas normativos, a Lei Federal nº 8.666/1993 e traz, em seus artigos 146 e 147, importantes normas com relevância para o tema da nulidade dos contratos administrativos, conforme se verá (BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 18 fev. 2021).

acontecimentos que são relevantes e, portanto, existem para o Direito, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas²³⁸.

Adotando-se a proposta de sistematização de Marcos Bernardes de Mello²³⁹, os fatos jurídicos classificam-se em fatos jurídicos ilícitos e lícitos, a depender de sua conformidade com a ordem jurídica. Estes, por sua vez, podem consistir em fatos jurídicos *stricto sensu*, correspondentes àqueles derivados da natureza, em atos-fatos jurídicos, decorrentes de comportamentos humanos que, para adquirirem relevância jurídica, não dependem da existência de uma vontade particular emanada por um agente, e em atos jurídicos *lato sensu*, consistentes naqueles provenientes de uma ação humana vocacionada para um dado fim. A seu turno, os atos jurídicos *lato sensu* são subdivisíveis em atos jurídicos *stricto sensu*, relativos a uma atuação humana dirigida à produção de certos efeitos já antevistos pela ordem pública, e em negócios jurídicos, que se referem àqueles atos jurídicos provenientes de um comportamento humano cujos efeitos derivam da conjugação da vontade da lei e da vontade do agente²⁴⁰.

Já o plano da validade tem relação de pertinência exclusivamente com *certos* fatos jurídicos, mais propriamente com os atos jurídicos *lato sensu*, que, como se disse, alcançam os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios jurídicos, pressupondo, assim, a sua prévia qualificação como fatos jurídicos. Trata-se, pois, de plano que exige que se ultrapasse, preliminarmente, o da existência. Valendo-se das palavras de Fredie Didier Jr., "*o ato jurídico inválido existe. Ato inexistente não tem defeito*"²⁴¹. No entanto, impõe-se, também, a sua perpetração em sintonia com as prescrições do ordenamento posto, sob o risco de não se alcançar esse segundo plano²⁴².

238 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 392.

239 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 115-129.

240 Consoante assevera Ricardo Marcondes Martins, citando Genero Carrió, "*as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis*" (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26).

241 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 405.

242 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 395.

Insta salientar, neste ponto, a distinção entre defeito e nulidade, ou seja, entre vício e sanção jurídica. Se, por um lado, todo ato inválido se mostra defeituoso, a constatação de certo vício jurídico não demanda, ao menos não necessariamente, a nulificação do ato inquinado. O Direito tem fartos exemplos dessa realidade em seus mais diferentes ramos, lhe cabendo estabelecer as balizas para a invalidação de atos jurídicos que se apresentem defeituosos.

Finalmente, o plano da eficácia corresponde ao âmbito da produção dos efeitos típicos do ato²⁴³ e requer, igualmente, que se transponha a barreira atinente ao plano de existência. Entretanto, é preciso reconhecer que não detém a mesma relação de dependência com o plano da validade, tendo em vista ser possível que atos jurídicos válidos sejam ineficazes, assim como o inverso, que atos inválidos produzam consequências relevantes no mundo jurídico.

Nessa medida, deve ser rechaçado como verdade absoluta o entendimento, aplicado, ainda hoje, com certa automaticidade ao Direito Administrativo, de que o ato inválido não produz efeitos, bem como qualquer concepção de ato inválido a partir da sua eficácia. De fato, "*o ato inválido existe – portanto pode produzir efeitos. Não é correto dizer que toda hipótese de nulidade implica a impossibilidade de o ato produzir efeito*"²⁴⁴.

Talvez o exemplo mais claro a corroborar essa compreensão diga respeito à previsão legal constante do artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/1999, que permite ao Supremo Tribunal Federal, ao declarar a institucionalidade de ato normativo, "*restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*"²⁴⁵.

243 Luís Roberto Barroso ensina que "*a eficácia dos atos jurídicos consiste em sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado*" (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14). Nesse mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que "*eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade dos efeitos típicos, próprios, do ato. Distinguem-se os efeitos típicos, ou próprios, dos efeitos atípicos. Os primeiros são efeitos correspondentes à tipologia específica do ato, à sua função jurídica. Assim, é próprio do ato de nomeação habilitar alguém a assumir um cargo; é próprio ou típico do ato de demissão desligar funcionário do serviço público. Os efeitos atípicos, decorrentes, embora, da produção do ato, não resultam de seu conteúdo específico*" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 396-397).

244 DIDIER JUNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 405.

245 Artigo 27, da Lei Federal nº 9.868/1999: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela

Essas noções gerais podem ser entendidas como próprias da dogmática jurídica, tendo pertinência com qualquer campo do Direito em que se discutam questões concernentes à invalidade de atos jurídicos, devendo ser consideradas quando da formulação de uma Teoria das Nulidades, bem como de sua eventual aplicação a ramos jurídicos examinados de maneira individualizada.

Partindo, pois, dessas ideias preliminares, verifica-se que, no âmbito do Direito Privado, em que se desenvolveu a Teoria das Nulidades, adotou-se um modelo dicotômico para tratar das invalidades dos atos jurídicos existentes, diferenciando-se as nulidades das chamadas anulabilidades.

Em termos gerais, costuma-se suscitar que a *nulidade*, cujas causas principais figuram atualmente no artigo 166, do Código Civil²⁴⁶, diria respeito a invalidades mais graves, violadoras de preceitos de ordem pública, que não poderiam ser superadas ou convalidadas pela vontade das partes. A seu turno, a *anulabilidade* existiria em situações em que a contrariedade ao ordenamento jurídico fosse mais leve (v. artigo 171, do CC²⁴⁷) e, não havendo interesses públicos envolvidos, caberia ao interessado requerer a sua declaração, sendo possível o seu aproveitamento²⁴⁸.

Há quem critique essa intelecção, como Celso Antônio Bandeira de Mello, que pondera não existirem graus de invalidades, mas, sim, distintos graus de repulsa pelo Direito:

Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do

declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado" (BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

246 Artigo 166, do Código Civil: "É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção" (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

247 Artigo 171, do Código Civil: "Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores" (*Ibidem*).

248 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012, p. 152-153.

*Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles*²⁴⁹.

De todo modo, o ajustamento da dicotomia trazida pela Teoria das Nulidades ao campo do Direito Administrativo suscita importantes questionamentos, havendo diferentes posicionamentos doutrinários acerca da questão²⁵⁰.

Uma primeira corrente, de cunho *monista*, defende a inaplicabilidade ao Direito Administrativo da dicotomia enunciada pela Teoria das Nulidades, sob o argumento de que, nessa seara, as normas eventualmente violadas seriam sempre de ordem pública e os interesses envolvidos seriam, igualmente, públicos²⁵¹. Assim, o ato administrativo seria inexoravelmente nulo ou válido, não havendo de se falar da existência de atos anuláveis.

Compartilham dessa orientação Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini e outros importantes autores, cujas razões podem ser assim sintetizadas, valendo-se das palavras do primeiro:

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo (...). Em qualquer um destes casos, porém, o ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes, pela evidente razão de que não se pode adquirir direitos contra a lei (...).

A Lei federal 9.784/99 admite a convalidação do ato administrativo (...). Essa norma, ao exigir a preservação do interesse público para a convalidação, leva-nos a rever a posição adotada em edições anteriores sobre a convalidação. Todavia, continuamos a não aceitar o chamado ato

249 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 473.

250 É preciso expor desde logo que o presente trabalho não se predispõe a apresentar de forma ampla e detalhada os múltiplos posicionamentos existentes quanto ao tema, mas, tão somente, a identificar a existência da controvérsia, sobretudo no que toca à dicotomia concernente aos atos nulos e aos atos anuláveis e a sua aplicabilidade do Direito Administrativo.

251 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 215.

*administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa*²⁵².

Já a corrente contrária, perfilhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho e Seabra Fagundes, dentre outros doutrinadores de renome, reconhece gradações quanto à repulsa jurídica da contrariedade à lei e, sob esse olhar, a existência de atos nulos e de atos anuláveis, embora em um sentido diferente daquele enunciado para o âmbito do Direito Privado, tendo em vista a impossibilidade de se conferir natureza privada aos interesses geridos pela Administração.

Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem seria possível o enquadramento dos atos inválidos em diferentes categorias, afirma existirem atos administrativos nulos e anuláveis, além dos inexistentes e daqueles tidos como meramente irregulares²⁵³:

Compartilhamos a doutrina que sustenta haver no Direito Administrativo brasileiro tratamentos díspares conforme o tipo de ilegitimidade. Daí a conveniência de se utilizar a expressão designativa do gênero e outras para referir às espécies. Por isso valemo-nos do termo “invalidade” para abranger quaisquer casos de desconformidade com o Direito.

(...)

Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se procedeu dos atos administrativos.

Entretanto, parece-nos que há, além deles, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário

²⁵² *Ibidem*, p. 182.

²⁵³ Em consonância com o que já exposto, este artigo não visa a desenvolver ou a detalhar as nuances dos diferentes posicionamentos existentes, mas tão somente a evidenciar a existência da controvérsia quanto à aplicabilidade ao Direito Administrativo da dicotomia atinente aos atos nulos e aos atos anuláveis.

dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de “conversão”.

Além disso, existe direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de “atos inexistentes”.

(...)

Assim, em nosso entender, são categorizáveis como inválidos (a) os atos inexistentes, (b) os atos nulos e (c) os atos anuláveis.

Registramos, ainda, que parece-nos existirem também – embora não como atos inválidos – os assim chamados atos “irregulares”. Estes não são atos inválidos e a eles nos referiremos em seguida, antes mesmo de examinarmos as espécies “inexistentes”, nulos e anuláveis²⁵⁴.

Segundo essa orientação, os atos administrativos nulos corresponderiam àqueles impassíveis de convalidação, haja vista a gravidade do defeito subjacente, enquanto os atos considerados anuláveis, marcados por ilegalidades menos relevantes, poderiam ser aproveitados mediante a superação do vício jurídico²⁵⁵.

Já no que diz respeito ao campo da eficácia, percebe-se ser comum a afirmação de que a decretação da invalidade enseja, como consequência natural, o desfazimento dos efeitos do ato inquinado²⁵⁶, retornando as partes ao *status quo ante*, como se o ato jamais tivesse sido praticado.

254 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 474-482.

255 De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, “*nem todos os vícios do ato permitem seja este convalidado. Os vícios insanáveis impedem o aproveitamento do ato, ao passo que os vícios sanáveis possibilitam a convalidação. São convalidáveis os atos que tenham vício de competência e de forma, nesta incluindo-se os aspectos formais dos procedimentos administrativos. Também é possível convalidar atos com vício no objeto, ou conteúdo, mas apenas quando se tratar de conteúdo plúrimo, ou seja, quando a vontade administrativa se preordenar a mais de uma providência administrativa no mesmo ato: aqui será viável suprimir ou alterar alguma providência e aproveitar o ato quanto às demais providências, não atingidas por qualquer vício. Vícios insanáveis tornam os atos inconvalidáveis. Assim, inviável será a convalidação de atos com vícios no motivo, no objeto (quanto único), na finalidade e na falta de congruência entre o motivo e o resultado do ato*” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.*, p. 163-164).

256 MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 146-150.

A consolidação dessa compreensão é antiga, sendo, contudo, atual, vigente e frequentemente aplicada a orientação de que *"a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos"* (v. Súmula nº 473, do STF257).

Não obstante, verificam-se vozes que impõem ponderações a esse posicionamento, relativizando, em certos casos, o entendimento de que o ato nulo não produziria quaisquer efeitos. A título ilustrativo, o emérito professor Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia, quanto à eficácia, os atos inválidos restritivos dos ampliativos de direitos dos administrados, em nome da segurança jurídica e da boa-fé dos particulares:

Aliás, cumpre aqui discutir os efeitos da invalidação, buscando-se saber se ela sempre, ou nem sempre, tem efeitos ex tunc e o que determina se seus efeitos serão desta espécie ou se e quando serão ex nunc.

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativos – entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados (...).

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeito ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de promulgada.

257 Súmula nº 473, do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 18 fev. 2021).

Com efeito, se os atos em questão foram obra do Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aqueles praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há como duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente²⁵⁸.

Por fim, insta perceber o surgimento de um novo posicionamento, impulsionado pelo denominado neoconstitucionalismo, que, oriundo do segundo pós-guerra e da percepção da necessidade de readequação das ordens jurídicas²⁵⁹, passou a propugnar a incorporação de valores substantivos às Constituições ao redor do mundo e a ressignificação do papel dos princípios, enquanto normas jurídicas a que, ao lado das regras, também se deveria conferir normatividade²⁶⁰.

A partir dessa novel concepção, a legalidade precisaria ser entendida como uma norma de estatura jurídica superior que conviveria harmonicamente com outros interesses constitucionais, mas que, por vezes, poderia se envolver em conflitos

²⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 491-492.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 325-326.

²⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras*, in. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006, p. 05.

pontuais em que tivesse, eventualmente, que ceder espaço a outros valores relevantes na situação concreta²⁶¹.

Um desses intérpretes seria justamente o gestor público, que, quando da tomada de decisão, não poderia ater-se apenas à letra fria da legislação, devendo conceder atenção a toda ordem jurídica, em especial, aos demais princípios constantes da Constituição. Daí a substituição ventilada pela doutrina da vinculação do administrador à legalidade pela vinculação à juridicidade²⁶².

Sob essa perspectiva, não seria facultado ao gestor o exame do defeito de um ato administrativo apenas sob a ótica da legalidade, proclamando-se a sua nulidade mediante uma simples apreciação da sua perfeita aderência às normas legais pertinentes. Diferentemente, deveria proceder a uma avaliação mais ampla, à luz de todo o Texto Constitucional, o que poderia, diante das peculiaridades verificadas, recomendar a tolerância da ilegalidade, impedindo, assim, a invalidação do ato ou o desfazimento de seus efeitos típicos²⁶³.

De fato, a controvérsia está longe de estar devidamente equacionada. Em que pese se deva admitir que a violação a normas legais torna defeituoso o ato administrativo, a decretação de sua invalidade e questões relativas à sua eficácia atormentam, ainda, a doutrina jurídica e, em especial, o administrador público, responsável, em última instância, pela gestão da coisa pública e dos interesses públicos concretamente considerados.

2. As nulidades nos contratos administrativos e o tratamento concebido para a Nova Lei de Licitações

No âmbito do direito administrativo contratual, percebe-se que a questão ganha contornos ainda mais complexos, haja vista a previsão legal de que "*a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos*", constante do artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993.

261 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002, p. 54-55.

262 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 25.

263 ROSA, Joabe Silva. *Estabilização do ato administrativo inválido e a vinculação do poder público à juridicidade*. Belo Horizonte, 2017, p. 75-106. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/637>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Note-se que a disposição em comento não se imiscui na controvérsia atinente à aplicabilidade da Teoria das Nulidades à seara do Direito Administrativo, mas se adstringe a consignar que, ao ser proclamada a invalidade de um concerto, a decisão nulificadora deve auferir eficácia *ex tunc*, desconstruindo, inclusive, os efeitos que já tenham sido produzidos.

Em verdade, o comando em tela não informa quais as situações ou os defeitos na formação dos vínculos administrativos que devem conduzir o aplicador do Direito à invalidação do ajuste. Talvez seja até possível considerar que um conluio entre o gestor público e o vencedor de um certame licitatório tenda a ensejar a nulificação da pactuação. Ainda, é possível que eventual ratificação exigida de autoridade superior (*v. g.*, para a legitimação das contratações diretas²⁶⁴) que tenha sido aposta um dia após o prazo previsto na legislação seja identificada como um vício sem aptidão para gerar a extinção prematura do contrato.

Ocorre que, entre o céu e a terra, há uma infindável gama de defeitos que podem ser constatados no contrato ou na licitação que o tenha antecedido, cabendo ressaltar, nos termos do artigo 49, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, que "*a nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato*"²⁶⁵. Afinal, a existência de inconsistências no projeto básico tem a aptidão de acarretar a invalidação da avença? Se sim, de qualquer inconsistência? E a falta de parecer jurídico aprovando as minutas do edital da licitação e do termo contratual, tal como exigido pelo artigo 38, parágrafo único, também da Lei Geral de Licitações²⁶⁶? A ausência de observância de normas de cunho financeiro-orçamentário significa o necessário rompimento do ajuste?

A seu turno, caso haja uma decisão no sentido da invalidação de certo contrato administrativo, é cogente que os seus efeitos jurídicos, inclusive pretéritos, sejam todos combatidos, resguardando-se apenas um direito indenizatório conferido

264 Artigo 26, da Lei Federal nº 8.666/1993: "As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, 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" (BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Op. cit.*).

265 Artigo 49, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/1993: "A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei" (*Ibidem*).

266 Artigo 38, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.666/1993: "As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração" (*Ibidem*).

ao contratado, desde que não lhe seja imputável o vício, como apregoa o artigo 59, parágrafo único, da Lei Geral de Licitações? Ainda, quando seria possível afirmar ser imputável o vício ao contratado e, não sendo esse o caso, o que estaria acobertado pela indenização? Poderia esta ter expressão equivalente à remuneração prevista no ajuste ou deveria adstringir-se apenas a certos danos devidamente comprovados?

Com efeito, parece ser bastante claro que a Lei Federal nº 8.666/1993 não fornece parâmetros suficientes para responder de maneira adequada a esses questionamentos. Por sua vez, a doutrina e a jurisprudência, embora delas se possam extrair compreensões razoáveis, mais corroboram as incertezas interpretativas existentes do que concedem critérios seguros à deliberação do gestor, haja vista a notória disparidade de manifestações doutrinárias²⁶⁷ e judiciais, inclusive no âmbito do STJ²⁶⁸.

²⁶⁷ Sem prejuízo da controvérsia, extensível aos contratos administrativos, quanto à aplicabilidade da Teoria das Nulidades ao campo do Direito Administrativo, é possível verificar, a título exemplificativo, que, sobre a questão concernente aos direitos indenizatórios do contratado, Jessé Torres Pereira Júnior defende uma interpretação restritiva do dever estatal de indenizar, sustentando a exclusão da parcela remuneratória que compõe o preço estabelecido no contrato (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 676-677). Em linha similar, percebem-se as lições de Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 214, p. 167-176, out. 1998, p. 169). Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello rejeita a interpretação de que a invalidação do contrato possa prejudicar aquele que não concorreu para a constituição do vício e que, estando de boa-fé, confiou na atuação da Administração (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 493). Já Flávio Amaral Garcia, em alinhamento com esta última interpretação, acrescenta que indenizar apenas os custos àquele que agiu de boa-fé ensejaria violação ao princípio da isonomia (GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 453). Cabe mencionar, ainda, Marcos Juruena Villela Souto, que, amparado no princípio da livre iniciativa, defende a imprescindibilidade de que, mediante o pagamento do lucro contratualizado, a Administração remunere as prestações efetuadas pelo contratado (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 392).

²⁶⁸ O STJ já asseverou que, "em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1.153.337/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021). Já em outra oportunidade, o mesmo STJ rechaçou as pretensões indenizatórias do recorrente sob a justificativa de que estaria caracterizada a sua má-fé: "A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato,

Não há como negar que a Lei Federal nº 13.665/2018, que acrescentou os artigos 20 a 30 à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, trouxe elementos importantes ao tratamento de algumas das questões expostas, mormente em razão do conteúdo do seu novo artigo 21269.

A partir do que preconiza o dispositivo, o gestor passou a ter o dever expresso de indicar as consequências jurídicas e administrativas da invalidação do contrato administrativo. Ainda, impôs-se a explicitação das condições necessárias à sua regularização, desde que sejam proporcionais e não causem prejuízo aos interesses gerais ou perdas ou ônus anormais ou excessivos aos sujeitos atingidos.

As dúvidas, porém, não deixaram de existir. Exige o *caput* do referido artigo 21 a simples apresentação, quando da motivação do ato, dos efeitos provenientes da sua invalidação ou, consoante sustenta José Vicente Santos de Mendonça, “*o julgador não poderá invalidar o ato, negócio ou norma administrativa quando, disso, decorrerem estados jurídicos ou administrativos inconstitucionais e/ou inexecutáveis*”²⁷⁰? Na mesma linha, ao dispor o seu parágrafo único que o agente deve, “*quando for o caso*”, indicar as condições para a regularização do ato, não se esclarecem quais os casos ou os limites para que essa regularização possa (ou deva) ocorrer.

beneficiando-se de sua irregularidade (...). O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021).

269 Artigo 21, da LINDB: “A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos” (BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2021).

270 MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177, p. 48. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77649/74312>. Acesso em: 18 fev. 2021.

Conforme já nos manifestamos anteriormente²⁷¹, entendemos a proporcionalidade como uma norma constitucional implícita que condiciona indistintamente todos os agentes públicos e que lhes inflige a obrigação de considerar o contexto fático-jurídico quando da resolução dos problemas concretos, mormente quando valores igualmente tutelados pelo ordenamento se apresentem contrapostos.

Não nos parece aceitável, pois, que a legalidade seja vista como um preceito normativo que imponha de forma apriorística e indeclinável o desfazimento de todo ato administrativo que não se mostre perfeitamente aderente às disposições legais. Ao gestor deve ser reconhecido um poder-dever de ponderação dos elementos fático-jurídicos envolvidos, conferindo-lhe a possibilidade não apenas de regularizar, quando viável, o contrato administrativo, mas, quando não o for, de tolerar, à luz da situação concreta, a subsistência do concerto ilegal ou, ao menos, de seus efeitos, total ou parcialmente, conforme o caso²⁷².

Longe de ser uma novidade no campo jurídico, essa intelecção encontra perfeito amparo nas lições de Flávio Amaral Garcia, que defende a necessidade de harmonização da legalidade administrativa com os diferentes valores acolhidos pelo Texto Constitucional e, por conseguinte, a inexistência de um dever de invalidação cega de atos administrativos defeituosos:

A rigidez do princípio da legalidade deve ser harmonizar com a estabilidade das relações jurídicas, com a boa-fé de terceiros e outros valores indispensáveis à consecução de um Estado Democrático de Direito.

De qualquer modo, no desfazimento dos atos administrativos devem ser respeitados os direitos adquiridos. Trata-se de mais um reconhecimento do primado do princípio da segurança

²⁷¹ ABBUD, Wassila Caleiro; FEITOSA, Rogério Augusto Boger. *O primado da realidade em tempos de COVID-19 e a dispensa de licitação na lei n.º 13.979/2020*, p. 539-550, in POZZO, Augusto Dal & CAMMAROSANO, Márcio (organizadores). *As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 542.

²⁷² Aliás, a possibilidade de ponderação concreta da contrariedade a dispositivos constitucionais com outros interesses jurídicos relevantes é aceita sem maiores questionamentos no exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos pelo Poder Judiciário, permitindo-se, *v. g.*, a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade e a modulação dos efeitos típicos da decisão nulificadora (Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.296-1.324).

jurídica. Daí se entender que a Administração tem a faculdade e não o dever de anular os atos ilegais²⁷³.

Imagine-se, a título exemplificativo, um contrato administrativo de prestação de atividades de natureza contínua que, relevante à execução dos serviços de saúde de certo município, tenha sido firmado sem licitação, muito embora a legislação não concedesse suporte normativo à contratação direta. Seria possível afirmar que a nulidade da avença deva invariavelmente ser pronunciada tão logo descoberta a ilegalidade, assim como determinada a imediata paralisação da atividade desempenhada pelo particular, independentemente das implicações concretas sobre a prestação do serviço público?

Malgrado seja preciso proceder a uma minuciosa apreciação do cenário fático-normativo subjacente à hipótese concreta, sustentar a imperiosa decretação da invalidade e, como aparentemente recomenda o artigo 59, da Lei Federal nº 8.666/1993, a necessária extirpação de todos os efeitos emanados e emanáveis do contrato significaria consentir com a possibilidade de ser ignorada, no exemplo dado, a relevância do direito fundamental a saúde, o que não parece se coadunar com o Texto Constitucional.

Atento ao problema, que alcança potencialmente qualquer pactuação administrativa, o Congresso Nacional entendeu por bem inserir no projeto relativo à Nova Lei de Licitações, já aprovado por ambas as suas Casas, uma nova sistemática jurídica que, dirigida principalmente ao gestor público, autoriza que sejam corrigidos defeitos porventura existentes em ajustes administrativos, com vistas à sua conservação. Ainda, estabelece que, caso não seja viável o saneamento do concerto, a deliberação acerca de sua eventual nulificação deva considerar, em conjunto com a ilegalidade verificada, os aspectos direta e indiretamente decorrentes do vínculo contratual:

Art. 146. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou anulação do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

273 GARCIA, Flávio Amaral. Op. cit., p. 283.

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis²⁷⁴.

Desde logo, impende salientar que o Parlamento aparenta ter rechaçado a compreensão de que as invalidades no ramo do Direito Administrativo atenderiam a

²⁷⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, *Op. cit.*

uma lógica binária, de que o ato praticado nessa seara seria inexoravelmente nulo ou válido, sem que se pudesse falar da existência de atos anuláveis. Assim, admitiu, de um lado, a possibilidade de regularização de atos administrativos viciados e, de outro, a necessidade de impedir que construções jurídicas apriorísticas e desvinculadas do contexto fático-jurídico concreto pudessem embasar de forma suficiente a pronúncia de uma nulidade contratual²⁷⁵.

Não obstante, verifica-se que o regramento estabelecido não conferiu ao gestor uma verdadeira faculdade jurídica, na medida em que, como é sabido, o agente público não detém liberdade para agir como bem entender. Conforme explicita o parágrafo único acima transcrito, à Administração Pública cumpre dar continuidade à pactuação se, em um juízo de discricionariedade²⁷⁶, restar verificado ser essa a medida que satisfaz mais adequadamente o interesse público.

Vale pontuar que, em nossa visão, o âmbito de eficácia das prescrições em comento não deve se circunscrever aos contratos firmados pela Administração Pública, mas se estender a qualquer ato administrativo que não esteja inteiramente legitimado sob a estrita ótica da legalidade. Não somente por imperativo constitucional derivado da proporcionalidade, mas, a partir da promulgação do projeto aprovado, por coerência sistêmica, a decretação da nulidade de atos ou ajustes em geral firmados pelo Poder Público deve perpassar por um juízo valorativo amplo à luz do caso concreto.

Já no que diz respeito aos efeitos da decisão nulificadora, andou bem o Congresso Nacional ao reconhecer que a eficácia de um ato administrativo não exige

²⁷⁵ Com uma visão eminentemente pragmatista, Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega pondera que "os fenômenos e fatos sociais não são concebidos como algo acabado, mas como processo, coisas em andamento. O padrão, ou seja, a tipicidade não está encerrada em molduras teóricas terminadas, considerando que o exame das conseqüências na realidade constitui a base para a manutenção ou modificação deste padrão. Essa forma pragmatista de pensar o significado das coisas possibilitaria, assim, trazer para o núcleo conceitual da nulidade, as conseqüências que esta produz na realidade fática, acrescentando-se à sua formatação apriorística inicial de modo a alterá-la" (NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: clarificando e superando obscuridades conceituais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021).

²⁷⁶ Valendo das palavras de Lucia Valle Figueiredo, "a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios 'standards' ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma" (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 223).

a sua validade, muito embora tenha sido mantido, ao mesmo como regra geral, que a nulificação de um contrato administrativo deve gerar efeitos *ex tunc*.

Art. 147. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 146 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º. Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º. Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez²⁷⁷.

De fato, é importante ressaltar a autorização concebida para que gestor, mesmo reconhecendo a existência de um vício e, ainda, a invalidade do ajuste, mantenha temporariamente hígidos os seus efeitos, inclusive no período posterior à pronúncia da nulidade. Isso porque é certo que a expedita paralisação da atividade contratada pode, em alguns casos, acarretar prejuízos graves ao interesse público e, sobretudo, superiores àqueles derivados da subsistência provisória da eficácia do concerto.

Na realidade, a essência da disposição referida, assim como a sua literalidade, se aproxima em grande medida da previsão legal que permite ao Supremo Tribunal Federal que confira eficácia diferida às declarações de inconstitucionalidade, o que não causa, em verdade, qualquer estranhamento. Afinal, se a proporcionalidade consiste, como sustentado, em uma norma que condiciona todos os agentes públicos de todos os Poderes de Estado, não há razão para se criarem instrumentos normativos destinados à sua concretização apenas ao Poder Judiciário.

Talvez, o que haja para se lamentar seja apenas o lapso temporal de mais de vinte anos desde a publicação da Lei Federal nº 9.868/1999 sem a edição de uma

277 BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020, *Op. cit.*

legislação similar dirigida, ao menos principalmente, àquele a quem compete de forma precípua a gestão concreta da coisa pública.

3. Considerações finais

Não há dúvidas de que o cenário jurídico atualmente em vigor impõe relevantes incertezas ao exercício das funções desempenhadas pelos gestores públicos. Não só pela sempre vigilante atuação dos órgãos de controle, mas, também, pelas comuns discussões jurídicas que invadem toda a sorte de temas, a administração dos interesses públicos vem se tornando, cada vez mais, uma atividade arriscada, mormente sob a ótica pessoal do gestor.

No caso dos contratos administrativos defeituosos, essa realidade não é diferente. Ao contrário, ela é potencializada pelo volume de recursos públicos envolvidos e, ainda, pela ausência de clareza da legislação a respeito dos contornos e limites aplicáveis à correspondente atividade nulificadora, combinada com a inconveniente pluralidade de entendimentos existentes na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais.

Note-se que, preliminarmente, cabe ao gestor identificar a ilegalidade, malgrado, muitas vezes, até mesmo a sua caracterização esteja sujeita a controvérsias. Após, exige-se deliberação sobre a invalidação da avença e, se desconstituído o concerto e concedida à decisão a eficácia indicada pelo artigo 59, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993, emergem novas dúvidas acerca dos limites legais do reconhecimento dos direitos atribuídos ao contratado, sem poder ser olvidada a necessária análise fática a ser realizada.

Pode-se contra-argumentar que a LINDB, mediante o seu artigo 22278, conferiu ao gestor a garantia de ponderação pelos órgãos de controle das dificuldades reais, inclusive jurídicas, inerentes à tomada da decisão. No entanto, além de ser obscuro o resultado prático desse sopesamento, as incertezas quanto à decisão mais acertada se mantêm intocadas, assim como a insegurança imanente ao

278 Artigo 22, da LINDB: "Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º. Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º. As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato" (BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Op. cit.*).

regular desempenho da função administrativa e, em última análise, à persecução dos interesses públicos.

Com efeito, cumpre ao Parlamento aperfeiçoar a legislação e estabelecer com maior precisão os poderes e os elementos que devam ser levados em consideração pelo gestor no exercício da atividade deliberativa em questão. Nessa medida, merece encômios a inovação normativa pretendida pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020, muito embora tenham permanecido incólumes outros debates jurídicos existentes.

Referências bibliográficas

ABBUD, Wassila Caleiro; FEITOSA, Rogério Augusto Boger. *O primado da realidade em tempos de COVID-19 e a dispensa de licitação na lei n.º 13.979/2020*, p. 539-550, in POZZO, Augusto Dal & CAMMAROSANO, Márcio (organizadores). *As implicações da Covid-19 no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Prestação de serviços à Administração Pública após fim do prazo contratual. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 167-176, out. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. in. QUARESMA, Regina (Coord.). *Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. Substitutivo da Câmara dos Deputados aos Projetos de Lei do Senado nºs 163, de 1995; e 559, de 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1607630768278&disposition=inline>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. REsp 1.153.337/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 01/10/2019, DJe 11/10/2019, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. REsp 579.541/SP, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 fev. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602>. Acesso em: 18 fev. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25ª ed. rev., ampl. e atual. até a Lei nº 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1, 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 38ª ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2004. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico – plano da existência*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/77649/74312>. Acesso em: 18 fev. 2021.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *O fenômeno da nulidade compreendido a partir do referencial pragmatista: clarificando e superando obscuridades conceituais*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/173.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1. Introdução ao Direito Civil: Teoria geral do Direito Civil. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras*, in. PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSA, Joabe Silva. *Estabilização do ato administrativo inválido e a vinculação do poder público à juridicidade*. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <https://repositorio.fumec.br/xmlui/handle/123456789/637>. Acesso em: 18 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, 1ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

O STATUS DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ALISSON FERNANDO DE ANHAIA RENTZ:

Pós Graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UEPG/PR. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba/PR. Juiz Leigo do TJPR. Advogado Trabalhista.

RESUMO: O trabalho versa sobre o instituto dos precedentes judiciais no direito processual, que foi legitimado pelo Novo Código de Processo Civil ao atribuir às Cortes Superiores o papel de formular precedentes que serão de vinculação obrigatória, ressaltando a importância de serem compreendidos como fonte do direito, mesmo sendo o ordenamento jurídico brasileiro vinculado ao sistema da *civil law*. Analisa-se que esta estruturação jurídica já se verifica em matéria trabalhista, eis que o Tribunal Superior do Trabalho, pela edição de súmulas e orientações jurisprudenciais, de certa forma tem orientado o entendimento dos demais órgãos da justiça trabalhista, servindo inclusive como vetor para as relações negociais da sociedade. Conclui-se que a utilização dos precedentes obrigatórios representará maior credibilidade e confiabilidade à missão institucional da Corte, conferindo maior segurança jurídica aos jurisdicionados pela disseminação da cultura da previsibilidade do resultado do processo judicial, pelo que a aplicação de decisões pretéritas no processo do trabalho elevará a jurisprudência ao status de fonte formal do direito do trabalho, cumprindo os anseios constitucionais da isonomia na sistemática processual. A metodologia de base pautou-se em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, com análise documental consultando artigos, livros e documentários.

Palavras-chave: Jurisprudência – Processo do Trabalho – Precedente Obrigatório – Novo Código de Processo Civil - Subsidiariedade – Fonte do Direito

ABSTRACT: The paper deals with the institute of judicial precedents in procedural law, which was legitimized by the New Code of Civil Procedure to assign to the High Courts the role of formulating precedents that will be of mandatory binding, emphasizing the importance of being understood as a source of law, even being the Brazilian system of laws linked to the civil law system. It is analyzed that this legal structure is already the case in labor matters, behold, the Superior Labor Court, by the edition of dockets and jurisprudential guidelines, in a way, has guided the understanding of other organs of labor justice in the country, serving also as vector

for business relations of the society. It is stated that the use of mandatory precedents will represent greater credibility and reliability of the institutional mission of the Court, providing greater legal certainty for the jurisdictional by the spreading of the culture of the predictability of the outcome of the court suit, whereby the application of the understanding formulated on to earlier decisions in the labor suit will raise the case law to the source status of law, fulfilling the constitutional aspirations of equality in procedural systematic. The basic methodology was marked in bibliographic and jurisprudential research, with documental analysis consulting articles and books.

Keywords: Jurisprudence - Labor Suit - Mandatory Precedent - New Code of Civil Procedure - Subsidiarity - Law Source

SUMÁRIO: Resumo.1 Introdução.2 Breves considerações sobre a interação dos sistemas da *civil law* e da *common law*.3. O precedente judicial no Novo Código de Processo Civil e a atuação das Cortes Superiores. 4.1. O precedente judicial como fonte do direito processual do trabalho após a edição da Instrução Normativa nº 36/2016 pelo TST. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento notório que os inúmeros recursos direcionados aos tribunais superiores, interpostos em face das decisões dos juízes das instâncias ordinárias, fazem com que o processo prolongue por vários anos e tem contribuído para a descrença da população no Poder Judiciário (OLIVEIRA, 2002. p. 386).

Atualmente o sistema sofre em decorrência do número elevado de processos em face aos números de juízes no país, como apontados pelo CNJ, onde no ano de 2015 atingiu a marca de 100 milhões de processos em tramitação na justiça²⁷⁹.

Tal situação implica diretamente na forma como se desenvolve o processo judicial e como o julgamento é proferido, constituindo-se uma justiça apenas preocupada com a razoável duração do processo, desrespeitando, entretanto, outros valores constitucionais e processuais caros e indispensáveis ao estado democrático de direito (NERY JUNIOR, 2010. p. 323), não atendo as exigências da sociedade que prima por um julgamento seguro e coerente na aplicação do direito.

Pode-se seguramente dizer que os recursos no processo judicial se tornaram entraves à observância do tempo adequado de tramitação processual, pois o manejo

²⁷⁹ Para maiores detalhes acerca do número de processos em cada ramo do Poder Judiciário e o tempo de tramitação das ações judiciais, consultar os relatórios anuais divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>.

desta de impugnação tem, muitas vezes, o condão de procrastinar o andamento do feito, repercutindo no ambiente político, econômico e social como um descompasso entre a pretensão dos jurisdicionados em receber do Estado-Juiz a rápida solução dos litígios (BUSATO e DUARTE, 2010, p. 153-154).

Neste cenário, adveio o Novo Código de Processo Civil que, com a utilização dos precedentes obrigatórios nos processos judiciais, propõe, inexoravelmente, uma reformulação das atribuições e da forma de julgamento das Cortes Superiores e também da sistemática processual a ser desenvolvida pelas instâncias ordinárias (CIMARDI, 2015, p. 207).

Na conformação do ordenamento jurídico, as Cortes Superiores do país foram incumbidas de corrigir a interpretação da lei aplicada pelos juízes ordinários e em matéria trabalhista seu ápice judiciário é localizado no Tribunal Superior do Trabalho, responsável pela uniformização da interpretação do entendimento oriundo das decisões proferidas pelos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho (BELMONTE, 2014, p. 1).

Em tempos de constitucionalismo onde a tutela como finalidade do processo corresponde a tutela da dignidade da pessoa humana, a atuação judicial tem cada vez mais interpretado o texto legal, adequando o sentido da lei com a evolução das necessidades sociais, na medida em que a utilização dos precedentes judiciais pretéritos se torna indispensável para garantir a igualdade e a liberdade aos indivíduos (CIMARDI, 2015, p. 56-57).

Uma prestação judicial célere, estável e efetiva, de forma que os tribunais superiores não funcionem como uma terceira instância de julgamento, é uma necessidade da sociedade contemporânea que clama por uma solução rápida dos processos judiciais, considerando que o tempo assume importância vital nos dias de hoje (NERY JUNIOR, 2010, p. 318).

A busca de maior segurança nas decisões judiciais e a otimização das demandas, evitando-se o desnecessário exame de casos idênticos já anteriormente decididos levou vários países a adotar mecanismos com o objetivo de uniformizar a jurisprudência, haja vista que em razão do desenvolvimento desenfreado do mundo moderno, é comum que mais e mais controvérsias se instaurem perante o Poder Judiciário por ser inevitável a existência de conflitos em decorrência da interação do ser humano no meio social (STRECK, 2013, p. 32).

A comunidade jurídica há tempos tende pela necessidade de reformulação dos conceitos e da estrutura de análise do processo judicial, o que ganhou forma com a edição da Lei nº 13.015 de 16 março de 2016, que foi taxativa ao dispor e disciplinar acerca da utilização dos precedentes judiciais obrigatórios, incumbindo às

cortes superiores a tarefa de formular enunciados que deverão traçar o caminho a seguido pelos demais juízes, numa alteração significativa do método de julgamento processo civil (CIMARDI, 2015, p. 131).

Neste cenário este trabalho defende que, estando agora positivada na legislação processual, que é de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, a utilização da técnica de obrigatoriedade dos precedentes formulados pelo Tribunal Superior do Trabalho representará maior confiabilidade ao trabalho da corte, configurando-se como um mecanismo eficiente de pacificação social, podendo ser elevado ao status²⁸⁰ fonte formal do direito processual trabalhista.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERAÇÃO DOS SISTEMAS DA *CIVIL LAW* E DA *COMMON LAW*

Na tradição do sistema da *civil Law* acredita-se que a lei é suficiente para regular todos os fatos da vida social e o papel do julgador é unicamente de aplicar a norma jurídica escrita ao caso que lhe é posto, sendo que no Brasil nos deparamos com um sistema legalista extraído diretamente do texto constitucional ao prever que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II da Constituição Federal), estando o direito é vinculado à produção legislativa (DONIZETTI, 2015, p. 3).

O sistema jurídico brasileiro sempre se aproximou a tradição do sistema da *civil law*, como ocorre com a maior parte dos países de origem romano-germânica, elegendo a lei como a fonte por excelência do ordenamento e considerando-a como capaz solucionar todos conflitos verificados na sociedade (DONIZETTI, 2015, p. 4).

Luiz Guilherme Marinoni discorre que na tradição da *civil law* as decisões judiciais são tão estáveis e seguras quanto à lei, podendo-se dizer que, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto, estando o interprete preso a uma norma preexistente, haja vista que juiz investiga ou conhece para declarar o que está gravado no texto legal (MARINONI, 2014, p. 63).

Apresentando-se com outra face, na tradição do sistema do *common law*, também conhecido como sistema dos países anglo-saxões, a atuação dos juízes e tribunais são norteadas pelos costumes e no que já foi decidido anteriormente, operacionalizando-se o sistema com suporte num caso precedente que deverá servir

280 Por **status** entenda-se como posição que a jurisprudência assumirá no direito processual do trabalho, segundo significado da palavra retirado do Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=status>>. Acesso em 27 mai. 2016.

como paradigma no julgamento do caso que está sob análise, conferindo certeza a prática processual de julgar (NOGUEIRA, 2011, p. 162).

Assim, pode-se dizer que na *common law* os julgamentos proferidos pelos os juízes estão vinculados às decisões do passado, ou seja, aos precedentes, com a utilização do chamado *stare decisis*, tratando-se de um direito jurisprudencial (TUCCI, 2004, p. 153).

Então, não há que se confundir como o sistema da *common Law* com a teoria dos precedentes judiciais, haja vista que, a diferença entre os dois sistemas jurídicos não se limita a existência ou não de codificação, pois o *common law* também possui grande produção legislativa, sendo a importância que cada sistema dá ao precedente judicial e à legislação o ponto crucial para identificar a diferença dos sistemas (MARINONI, 2014, p. 46-47).

A doutrina majoritária brasileira (MARINONI, 2014, p. 63) tem afirmado que o sistema jurídico de precedentes confere uma maior previsibilidade e estabilidade ao direito e uma maior segurança jurídica à sociedade, apontando que o interprete valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis extraídos da lei e que a teoria da interpretação coloca nas mãos das supremas cortes a função de atribuir sentido ao direito.

No sistema do *civil law*, apesar da preponderância das leis, o precedente desempenha função de orientar a interpretação da lei, mas não necessariamente de obrigar que o julgador adote o mesmo fundamento de decisão anteriormente proferida (MARINONI, 2014, p. 63-64).

Em que pese a evolução da teoria da interpretação da lei, no Brasil a norma codificada ainda ganha relevo nas teses jurídicas processuais, o que é impossível de se conceber num Estado Democrático de Direito Moderno, pois a lei nunca estará dissociada de qualquer interpretação jurisdicional e a Corte Suprema quando profere uma decisão atribui sentido ao direito positivado, outorgando unidade ao direito com a elaboração de um precedente (MARINONI, 2014, p. 65).

Considerando que o judiciário tem a função de dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto, a segurança e a igualdade, tanto almejada pelo sistema *civil law*, é visualizada num sistema de precedentes extraído da *common law*, através de um modelo jurídico com pilares fincados pelo constitucionalismo onde a possibilidade de decisões diferentes para casos iguais não é desconsiderada, mas onde os casos similares devem ser tratados do mesmo modo (MARINONI, 2015, p.18).

Com base nestas premissas, é impossível negar que existe uma aproximação destes dois sistemas e também que os precedentes ocupam grande destaque no direito processual brasileiro, pelo que o *civil Law* interage diretamente com o sistema do *common law*, e em consequência do impacto do constitucionalismo e da necessidade de interpretação das leis com enfoque nos direitos fundamentais, o que a tempo tem sido notado pela doutrina como uma necessidade atual (CIMARDI, 2015, p. 60-61).

Esta interação, pautada na cultura da previsibilidade e do tratamento isonômico aos litigantes, acabou sendo positivada no ordenamento com a edição da Lei nº 13.105/2015 - Novo Código de Processo Civil, modificando o formato de como se desenvolve o processo judicial.

3. O PRECEDENTE JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A ATUAÇÃO DAS CORTES SUPERIORES

O Novo Código de Processo Civil buscou reforçar o papel excepcional das Cortes Superiores de promover a uniformidade na interpretação do direito constitucional ou infraconstitucional, positivando a técnica do precedente obrigatório e enaltecendo a importância de os juízes das instâncias ordinárias observarem o entendimento jurisprudencial firmado pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal a respeito de determinada controvérsia de direito (DONIZETTI, 2015, p. 16-17).

Porém, a incorporação do precedente ao direito brasileiro não é tão nova, sendo que desde os momentos posteriores à 2ª guerra mundial identificam-se mudanças na sistemática dos julgamentos do processo judicial, com a valorização do posicionamento dos tribunais na formação do convencimento dos juízes pela inclusão de mecanismos para reforçar a valorização do precedente judicial como parâmetro a ser seguido, num método de julgamento do processo em inquestionável cisão às raízes do sistema legalista da *civil Law* (CIMARDI, 2015, p. 70)²⁸¹.

Críticas à parte, observa-se que a utilização dos precedentes com força persuasiva no processo judicial acabou difundida passo a passo no ordenamento jurídico nas últimas décadas, aceita como resposta para conflitos sociais, pautada na

²⁸¹Para aprofundar o conhecimento acerca da evolução histórica do método de julgamento do processo judicial no Brasil, com a incorporação dos métodos de julgamento dos países da *common law* pertinente a leitura do capítulo "**1.2. O desenvolvimento do sistema jurídico brasileiro e a concretização do direito**" in *A Jurisprudência Uniforme e os precedentes do Novo Código de Processo Civil Brasileiro*, por Cláudia Aparecida Cimardi, Editora RT, 2015.

busca por um processo célere e efetivo e com apego aos anseios do neoconstitucionalismo e neoprocessualismo (MANCUSO, 2010, 152-153).

Neste íterim, o Novo Código de Processo Civil positivou a teoria de vinculação dos precedentes judiciais dos tribunais superiores, na tentativa de promover coerência e continuidade na atividade judicante e estabelecer tratamento igualitário dos jurisdicionados, os quais saberão de antemão que a decisão será uniforme, sem a incerteza de se deparar com uma decisão contraditória em relação a um caso semelhante, julgada por um mesmo juízo ou em juízos diversos (MARINONI, 2014, p. 67-68).

Esta é a interpretação que se extrai do artigo 927 do novo diploma legal processual, abaixo transcrito:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - **os enunciados de súmula vinculante**; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - **os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional**; V - **a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados**.

Percebe-se claramente que o Novo Código privilegia a adoção de um sistema de vinculação aos precedentes, consagrando-o como fonte do direito (DONIZETTI, 2015, p. 6), ao tratar que não se considera fundamentada qualquer decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (art. 489, §1º, inciso VI).

O CPC/2015 exige uma postura ativa dos juízes de primeiro grau e também dos tribunais de segunda instância, que deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, visando proporcionar uma decisão de cunho igualitário para todos os envolvidos em processos judiciais, com respeito ao que foi decidido pelos tribunais superiores em outras situações fático/jurídica idênticas (DONIZETTI, 2015, p. 19-20).

Foram adotadas na legislação técnicas próprias dos sistemas da *common law*, refletindo a intenção de conferir força obrigatória aos precedentes judiciais ao destinar que o julgador, prioritariamente, deverá aplicá-los atendendo ao disposto no artigo 489, de forma que precedente (*stare decisis*) apenas não será seguido

quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa (*distinguishing*) (MARINONI, 2015, p. 21-26).

A voz uníssona da Corte Superior se traduzirá, a partir de então, no significado de que um precedente tem carga valorativa diferente de uma simples decisão que regula um caso concreto, cabendo dizer que o precedente obrigatório passa a ter valor para a sociedade e condiciona a resolução de casos futuros (MARINONI, 2015, p. 30)

Nas balizas do artigo 932 são de vinculação obrigatória: os acórdãos de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; os precedentes do plenário do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade; os precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, veja-se:.

Art. 932. Incumbe ao relator: IV - **negar provimento a recurso** que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; VI - decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando este for instaurado originariamente perante o tribunal; VII - determinar a intimação do Ministério Público, quando for o caso; VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal

Até a edição da nova legislação processual, as decisões das cortes superiores somente poderiam ser consideradas no mundo jurídico como precedentes revestidos

de valor moral, com alcance meramente persuasivo e sem o condão de impor um dever de observância pelos juízes das instâncias ordinárias (TUCCI, 2004, p. 12-13), eis que ausente uma norma positivada que expressamente determinasse a observância às decisões uniformes de tais tribunais, com exceção da súmula vinculante.

Agora, o CPC/2015 traçou um verdadeiro roteiro do método que os operadores do direito deverão se ater para aplicar precedentes destas cortes e através de um procedimento bastante imperativa, numa visível reformulação da função do STF e do STJ, as quais estão figurando até os dias de hoje como cortes de correção das decisões dos juízes das instâncias ordinárias, longe de serem cortes de precedentes (MARINONI, 2014, p. 69).

Como leciona Luiz Guilherme Marinoni, (MARINONI, 2014, p.166 e ss), as bases para um novo conceito e modelo de processo estão sedimentadas no fundamento que, na sociedade contemporânea, há uma necessidade de adequação da tutela do direito material com a sistemática processual, não se admitindo um processo genérico e abstrato, posto que o processo judicial é visto atualmente como instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo necessário um comportamento coeso do Poder Judiciário frente as demandas postas pela sociedade.

Portanto, as inovações legislativas trazidas com a promulgação do CPC/2015, positivaram a necessidade de utilização da técnica dos precedentes como obrigatória no processo judicial, e tudo em busca da efetividade, segurança jurídica, razoável duração, proteção da confiança e isonomia, com utilização de regras e normas que objetivam uniformizar a jurisprudência dos tribunais brasileiros, com emprego de um método de julgamento que amplamente aplicado nos países de *commom law*, imprescindível para manutenção de um Estado Democrático de Direito (WAMBIER, 2015, p. 1313).

4. O STATUS DO PRECEDENTE JUDICIAL NO PROCESSO DO TRABALHO EM DECORRÊNCIA DA APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ao Tribunal Superior do Trabalho foi designada a tarefa de rever ou invalidar, em grau de recurso de revista, as decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho nos termos do artigo 111, inciso I, da Constituição da República, cuja atuação consiste em uniformizar a jurisprudência trabalhista brasileira, que é raduzida pelas súmulas, orientações jurisprudenciais e pelos precedentes normativos, destinados a disseminar o comportamento jurisprudencial de entendimento a ser seguido pelas instâncias ordinárias em todo território nacional (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 150).

Com a elaboração de enunciados de súmulas e orientações jurisprudenciais por seus diversos órgãos, o TST realiza a tarefa de uniformizar a jurisprudência aplicável à jurisdição trabalhista aos mais diversificados casos submetidos à sua apreciação pelo 24 Tribunais Regionais do Trabalho, pretendo conferir tratamento jurisprudencial igualitário para os jurisdicionados que discutem uma mesma controvérsia, delimitando os contornos que a sociedade necessita observar nos negócios jurídicos envolvendo as relações de trabalho (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 146).

A importância da jurisprudência trabalhista surge quando o Poder Legislativo não consegue prever todas as situações que podem ocorrer nas relações de trabalho e quando, na impossibilidade de identificação de uma resposta na CLT e nas legislações extravagantes, o Tribunal Superior do Trabalho é instado a se manifestar acerca de determinado tema, atuando como um órgão que realiza a adequação das normas trabalhistas ao cenário contemporâneo do país (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 148).

Neste contexto, a atuação do TST, seja com edição de Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais, é vista com bons olhos e sempre foi difundida pela doutrina e pelos operadores do direito, acabando por enaltecer a importância dos precedentes no processo do trabalho, que se mostra com elevado grau valorativo no julgamento das demandas judiciais, com inquestionável força jurídica no direito do trabalho, ao passo que a própria legislação já cuidou de enfatizar a jurisprudência como fonte normativa (NASCIMENTO, 2013, p. 255-256).

Carlos Henrique Bezerra Leite defende este ponto de vista, expondo que a jurisprudência pode ser considerada uma fonte indireta, não podendo negar que esta cumpre importante papel na interpretação do direito processual do trabalho, na medida em que é de extrema importância para o profissional e o estudioso da área trabalhista conhecer os verbetes jurisprudenciais do TST que são criados, alterados ou cancelados por meio de Resoluções do Tribunal Pleno daquela Corte (BEZERRA LEITE, 2015. p.62).

Também é que o expõe Roberto Leite ao lecionar que no direito do trabalho brasileiro as súmulas, apesar de não possuírem obrigatoriedade legal, são dotadas de certo poder coercitivo tácito, em razão de determinados efeitos que lhes são atribuídos pelas normas jurídicas nas hipóteses em que a decisão da instância inferior afronte ou esteja em concordância com elas (LEITE, 2003. p.397).

Em que pese a defesa de grande parte dos doutrinadores processualistas do trabalho, entendendo que a jurisprudência é tida como fonte indireta, nos dias atuais ainda não é tida uma regra jurídica, figurando apenas como um viés de interpretação e orientação das normas processuais trabalhistas (fonte formal indireta) (BEZERRA LEITE, 2015. p.62).

Contudo, contrapondo o que dizem os ilustres doutrinadores, a jurisprudência trabalhista tem se prestado como grande instrumento de pacificação social, figurando como uma complementação da legislação e também como um instrumento de diminuição das ações no âmbito da Justiça do Trabalho, visto que a sociedade no geral já sabe de antemão qual resposta se obter se a situação a ser judicializada estiver prevista num enunciado sumular do TST (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 166), podendo-se citar como exemplo o que ocorre nos casos envolvendo a estabilidade da gestante (Súmula 244 do TST).

Tal fato foi inclusive alvo de reportagem jornalística de autoria de Mariana de Oliveira, vinculada em 23 de junho de 2012 pelo site *globo.com* sob o seguinte título "*Ao menos 14 direitos trabalhistas são detalhados por súmulas; entenda*", discorrendo:

"Súmulas não garantem direitos, mas são diretrizes para ações na Justiça. Por não estar previsto em lei, o que está na súmula não garante de imediato o direito aos trabalhadores. No entanto as súmulas do TST servem de base para a decisão dos juízes da área trabalhista de todo o país. Ou seja, se um patrão não conceder o direito previsto em súmula, o trabalhador - caso entre na Justiça - provavelmente obterá o que consta da súmula, segundo magistrados e advogados (OLIVEIRA, 2012).

Nota-se que, mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho serve como sustentáculo para o curso das ações trabalhistas, atuando como um norte para julgador e até mesmo para partes, numa cultura de evidente respeito ao posicionamento da corte superior, sem maiores questionamentos (FACÓ, DIDIER, 2015, p. 170).

Face a isto, com a aplicabilidade subsidiária do Novo Código de Processo Civil, pela regra dos artigos 927 e 932, é possível afirmar que houve uma reformulação no conceito de atuação e estrutura de valorização dos posicionamentos do TST (BELMONTE, 2014, p. 40), pelo que se pode afirmar que a jurisprudência passou a ter caráter vinculante e a ter o status de fonte direta do direito processual.

Como se sabe, não há uma codificação de processo trabalhista pelo que as regras de direito processual comum são aplicáveis subsidiariamente ao processo do trabalho nos casos omissos e quando forem compatíveis, em decorrência da autorização expressa do artigo 769 da CTL.

Em face disto, em 15 de março de 2016 o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou a modificação da Resolução nº 203, que deu origem à Instrução

Normativa 39/2016, disciplinado sobre quais normas do Código de Processo Civil de 2015 são aplicáveis ao processo do trabalho, dentre as quais se incluiu a técnica de vinculação dos precedentes, assim dispondo:

Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: XXIII - arts. 926 a 928 (jurisprudência dos tribunais)

Em respeito à sua missão institucional extraída da Constituição Federal, ao editar a resolução, os Ministros do TST ressaltaram mais uma vez a importância e necessidade do respeito às suas decisões e as decisões dos demais tribunais superiores da federação, dando conta da existência dos precedentes judiciais obrigatórios no âmbito processo do trabalho.

Tal entendimento reflete inclusive o posicionamento que foi adotado no Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis de 2015, realizado em maio/2015 em Vitória/ES, onde se editou o enunciado nº 171:

Enunciado 171. Os juízes e tribunais regionais do trabalho estão vinculados aos precedentes do TST em incidente de assunção de competência em matéria infraconstitucional relativa ao direito e ao processo do trabalho, bem como às suas súmulas (DIDIER JR., MAZEI. 2015).

Contudo, cabe apontar que, em 05 de maio de 2016, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, distribuída sob nº ADI 5516 à Ministra Carmem Lúcia, que tem por objeto a Instrução Normativa 39/2016 (IN 39) do Tribunal Superior do Trabalho (TST), apontando que caberia a cada magistrado de primeiro e segundo grau decidir, em cada processo, qual norma do novo CPC seria ou não aplicada²⁸².

Em que pese a pendência de julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, pode-se afirmar que o caráter vinculante do precedentes do TST devem ser imediatamente observados, pois inegável que a jurisprudência assume caráter fundamental e indissociável do direito do trabalho, pois o judiciário é instado a se manifestar acerca de determinando tema e necessita apresentar respostas a questões que não são possíveis de extrair do ordenamento jurídico

²⁸²Notícia de 09 de maio de 2016, extraída do sítio do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316195>>. Acesso: 30.mai.2016

positivado, em face dificuldade história do Poder Legislativo acompanhar a evolução das relações de trabalho (MARTINS, 2014, p. 40)

No direito do trabalho a jurisprudência tem cumprido exatamente sua tarefa que é de reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao direito, viabilizando sua maior cognoscibilidade, colaborando para que a corte superior passe de mera corte de correção de decisões para uma corte de precedentes, em conjectura com a perspectiva do Estado Constitucional, em reconhecimento da vigência do *stare decisis* entre nós (MITIDIERO, 2013, p. 27-30).

Nos ensinamentos de Bezerra Leite, as fontes formais diretas no direito processual do trabalho são as que lhe conferem o caráter de direito positivo, abrangendo a lei em sentido genérico (atos normativos e administrativos editados pelo Poder Público) e o costume, sendo que a jurisprudência seria uma fonte formal indireta (BEZERRA LEITE, 2015, p. 60).

Com a aplicação subsidiária do NCPC, a jurisprudência do TST assume, inquestionavelmente, o status de fonte direta do direito, já que extrai seu fundamento de validade da própria lei, além do que a tese jurídica soluciona a controvérsia, pacifica as relações de trabalho, supre a ineficácia do legislador e ainda deverá ser seguida com enfoque vinculante pelos juízes trabalhistas ordinários (MITIDIERO, 2013, p. 103-104).

Presenciamos, portanto, o advento de um novo momento no sistema de fontes no ordenamento jurídico brasileiro em que, de certa maneira, existe uma nova vida da jurisprudência. A velha jurisprudência desprezada pelo estado de direito clássico renasce para deixar de ser a mera expressão automática e asséptica da mens legis para quem sabe, retornar a exercer um papel central e criativo no sistema de fontes formais do direito (FONSECA, 2007, p. 33).

Assim como a lei, o precedente judicial agora deve ser compreendido como fonte do direito, traduzindo-se no texto do qual se constrói a norma jurídica extraída da decisão judicial, promovendo a valorização do direito judicial e rompendo alguns dogmas dos países filiados ao direito codificado (FACÓ, DIDIER, 2015, p.16).

O juiz participa do processo judicial e, portanto, ativamente da construção da -norma jurídica, moldando e remoldando o significado da lei para que se aflore a norma jurídica adequada para solucionar o litígio, replicando-a em outros com identidade fático-jurídica, pelo que os precedentes, agora obrigatórios, servem para orientar a conduta da sociedade de forma preventiva e repressiva, diminuindo o ajuizamento de medidas judiciais, com inegável status de fonte do direito (FACÓ, DIDIER, 2015, p.218)

A alteração trazida pelo novo Código de Processo Civil se compatibiliza com o rito processual das demandas trabalhistas, ao passo que lhe confere instrumentos eficazes para produção de uniformização de entendimento jurisprudencial a ser aplicado pelas instâncias ordinárias, não retirando o papel do interprete do caso, mas evitando decisões divergentes acerca de um mesmo tema, através de um sistema caracterizado pela unidade do Poder Judiciário Trabalhista em aprimoramento da prestação jurisdicional através de um processo do trabalho racional e efetivo (BELMONTE, 2014, p. 40).

Pelo que foi exposto, ao admitirmos o precedente judicial como fonte formal direta, em consequência da subsidiariedade do Novo Código de Processo Civil disciplinada pela IN 39/2016, a fixação de teses jurídicas pelo Tribunal Superior do Trabalho contribuirá para consolidação de um sistema comprometido com o tratamento igualitário aos casos assentados sob a mesma controvérsia de direito, otimizando o processo judicial em observância aos postulados constitucionais, com maior celeridade e segurança na tomada de decisões impostas aos jurisdicionados.

5. CONCLUSÃO

A busca por segurança jurídica e celeridade do processo judicial, aliada a necessidade de um comportamento uniforme e coerentes das instituições do Poder Judiciário, é a razão para aproximação do ordenamento jurídico brasileiro ao método de julgamento existente dos países da *commom law* nas últimas décadas, com a utilização dos precedentes judiciais para julgamento de novos casos.

A teoria da vinculação dos juízes ordinários aos precedentes judiciais editados pelas cortes superiores foi legitimada pelo Novo Código de Processo Civil, em rompimento as raízes ingressadas da *civil law*.

Presenciamos, portanto, que o Brasil passa a ter um sistema híbrido na forma de julgamento do processo judicial, onde a lei não perde sua importância como norma jurídica reguladora da sociedade, mas onde a jurisprudência ganha relevo em reconhecimento da vigência do *stare decisis*, em atenção inclusive aos postulados constitucionais da isonomia, devido processo legal e celeridade.

Assim, as Cortes Superiores ganham uma “nova” atribuição, ficando incumbidas da missão de formular precedentes de vinculação obrigatória às instâncias ordinárias, deixando de atuar como corte de revisão de decisões judiciais para transformarem-se em cortes de precedentes, o que é uma necessidade a um Estado Democrático de Direito.

A utilização da jurisprudência como fundamento e paradigma para às decisões judiciais sempre foi bem aceita pela sociedade e, ainda que de forma

mascarada pela edição dos verbetes sumulares, serviu como sustentáculo para uma cultura de evidente respeito ao entendimento do STF e STJ.

Com a edição do CPC/2015, a jurisprudência assume o inegável status de fonte direta do direito processual, eis que se reveste de obrigatoriedade positivada no ordenamento e conduz o caminho a ser seguido pelo julgador, representando as balizas que a sociedade deve analisar antes de realizar seus negócios jurídicos

Assim, as cortes superiores ganham uma “nova” atribuição, ficando incumbidas da missão de formular precedentes de vinculação obrigatória às instâncias ordinárias, deixando de atuar como corte de revisão de decisões judiciais para transforma-se em cortes de precedentes, o que é uma necessidade a um Estado Democrático de Direito.

Na seara trabalhista, a utilização da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho como fundamento para às decisões judiciais sempre foi bem aceita pela sociedade jurídica, servindo como sustentáculo para uma cultura de evidente respeito ao posicionamento da corte, norteando inclusive as relações negociais trabalhistas pelos jurisdicionados.

Em razão da aplicação subsidiária do CPC/2015 ao processo do trabalho pela Instrução Normativa 39/2016 do TST, a jurisprudência da corte assume o inegável status de fonte direta do direito processual, eis que se reveste de obrigatoriedade positivada no ordenamento e conduz o caminho a ser seguido pelo julgador, representando as balizas que a sociedade deve analisar antes de realizar seus negócios jurídicos, o que já de certa forma já se verificava.

Tal conformação engradece a missão constitucional do TST que é de uniformizar o direito infraconstitucional trabalhista no país, além de contribuir para a construção de processo judicial célere e coerente, comprometido com os postulados da igualdade e efetividade, numa atividade jurisdicional tão buscada por toda a comunidade jurídica.

Diante de todos os desafios que são postos os operadores do direito na atualidade, senão a mais importante, é a necessidade da quebra de paradigmas e rompimento com as raízes profundas da litigiosidade. Imperamos tão somente compreender que, emoções a parte, é tempo de TRAVESSIA!

6.REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. O novo sistema recursal trabalhista (Lei nº 13.015/2014): influência do projeto do novo CPC. *In: Revista do TST, ano 80, nº 4*. São Paulo: LexMagister. Disponível em:

<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/79642/001_belmonte.pdf?sequence=1>. Acesso em 27.mai.2016.

BRASIL, Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20.abr.2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20.abr.2016.

BUSATO, Liliane Maria Batista. DUARTE, Francisco Carlos. Evolução do ambiente social e econômico: necessidade de revistar o sistema recursal brasileiro frente ao princípio constitucional que assegura razoável duração ao processo. 2010. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de direito Processual do Trabalho. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro.** (Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIDIER JR., Fredie. MAZEI, Rodrigo, coordenadores. **V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis.** Vitória, 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em 07.mai.2016.

Dicionário Michaelis. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=status>>. Acesso em 27 mai. 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no novo Código de Processo Civil.** 2015, Revista de Periódicos da UNIFACS. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em 27.mai.2016.

FACÓ, Juliane Dias. DIDIER JR, Fredie Souza. **Recurso de Revista Repetitivos.** Salvador. 2015. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito Público. Universidade Federal da Bahia.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **A jurisprudência e o sistema das fontes no Brasil: uma visão histórico-jurídica.** Periódicos da Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p23/13605-2340.2013v62p179/249>>. Acesso em 20.abr.2016.

LEITE, Roberto Basilone. **Noções de direito sumular do trabalho e de súmula vinculante. Revista Trabalhista Direito e Processo.** Rio de Janeiro, v. 2, 2003. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/36329>>. Acesso em 20.abr.2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes. Justificativa do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas. Precedente e Decisão de Recurso diante do Novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 3. ed.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes,** 2a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 30ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente.** Revista dos Tribunais, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 28ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. **Recurso Especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

OLIVEIRA, Mariana. Reportagem Jornalística. **Ao menos 14 direitos trabalhistas são detalhados por súmulas; entenda.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2012/03/ao-menos-14-direitos-trabalhistas-sao-detalhados-por-sumulas-entenda.html>>. Acesso em 09.mai.2016.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TST. **Resolução Administrativa nº 2013 de 15 de março de 2016.** Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>>. Acesso em 05.mai.2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Notícia: Magistrados questionam norma do TST que regulamenta aplicação do novo CPC.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316195>>. Acesso em: 30.mai.2016.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 2ª Tiragem. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

OS EFEITOS PROCESSUAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA NAS AÇÕES DE MEDICAMENTOS - ANÁLISE DOS PROCESSOS JUNTO AOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE PONTA GROSSA/PR.

ISADORA SATIKO GOMES OTANI,
especialista em Direito Processual Civil
pela Universidade Estadual de Ponta
Grossa (UEPG).

RENÊ FRANCISO HELLMAN

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa o estudo dos efeitos processuais da tutela antecipada nas ações de medicamentos. Iniciou-se então, com a conceituação dos direitos fundamentais, passando ao estudo do direito à saúde enquanto fornecimento de medicamentos pelo Estado e análise da atuação do poder judiciário nas ações judiciais que deferem o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Nesse sentido, analisou-se os posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por fim, conceituou-se as tutelas de urgência, com destaque à tutela de urgência antecipada, e concluindo o trabalho com a análise dos seus efeitos e análise dos processos existentes nos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. Utilizou-se, para tanto, a técnica de pesquisa da documentação indireta e o método de abordagem empregado é o lógico-dedutivo. Os principais resultados encontrados foram: a relevância do direito dentro da sociedade e a importância da sua regulamentação na Carta Constitucional, bem como o fato da sua efetivação estar atrelada a todos os efeitos dela recorrentes, sejam materiais e processuais às partes envolvidas; a necessidade de maior conscientização do poder judiciário nas ações de medicamentos, a fim de não inviabilizar as políticas públicas e a própria estrutura nacional de saúde.

PALAVRAS-CHAVES: Direito à saúde. Ações de Fornecimento de Medicamentos pelo Estado. Tutelas de Urgência Antecipadas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Fundamental à Saúde. 2.1. Conceito e recortes históricos dos direitos fundamentais. 2.2.1. Direito à Saúde. 2.2.2. O direito à saúde como direito exigível. 3. A atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde. 3.1. Limites Legítimos e Críticas. 3.2. Posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores. 3.2.1. Posicionamentos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4. As Tutelas de Urgência de acordo com o Código de Processo Civil de 2015. 4.1. As diferenças entre a tutela de urgência antecipada e a tutela de

urgência cautelar e suas características. 4.2. Os requisitos para concessão da tutela de urgência. 4.3. A irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos. 4.4. Estabilização da tutela contra a Fazenda Pública. 4.5. Análises das decisões liminares nas ações de medicamentos propostas nos Juizados Especiais de Ponta Grossa/PR, referentes ao segundo semestre de 2018.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como temática enfrentada a análise dos efeitos das tutelas de urgência antecipadas dentro das ações de fornecimento de medicamentos pelo Estado, bem como a análise dos entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, bem como dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. Deste modo, analisar-se-ão o conceito dos direitos fundamentais, com maior enfoque no direito à saúde, com base na Constituição Federal, bem como o estudo da atuação do poder judiciário na promoção do direito fundamental à saúde no que tange o acesso aos medicamentos. Nesse sentido, analisou-se o posicionamento dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, com destaque aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, com a finalidade de verificar os precedentes fixados e os efeitos processuais que as decisões acerca das tutelas de urgência antecipadas possuem dentro dos processos que pleiteiam medicamentos em face do Estado.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

2.2. Conceito e recortes históricos dos direitos fundamentais.

O renomado constitucionalista José Afonso da Silva (2005, p. 175-6) ao tratar dos direitos fundamentais utiliza a expressão “Direitos fundamentais do homem”, pois a entende como a expressão mais adequada. Afirma que se referem aos princípios que resumem a concepção do mundo e a ideologia política de cada ordenamento jurídico, além de designar, dentro do direito positivo, as prerrogativas e instituições que ele prevê como garantias de convivência digna, livre e iguais a todos.

Explica que a qualificação “fundamentais” é essencial nas situações jurídicas vivenciadas pela pessoa humana, sem a qual essas não se realizariam; e que a qualificação do “homem” no sentido de pessoa humana, assim, “direitos fundamentais do homem” como direitos fundamentais da pessoa humana, título II da Constituição Federal de 1988 (SILVA, J., 2005, p. 177).

Tais direitos fundamentais estão positivados como normas, as quais possuem natureza constitucional na medida em que estão inseridas no texto de uma constituição ou apenas constem de simples declaração solene realizada pelo poder constituinte, ou seja, direitos nascidos e baseados no princípio da soberania popular (SILVA, J., 2005, p. 177).

Já em relação a sua eficácia e aplicabilidade, José Afonso da Silva (2005, p. 180) expõe que estes fatores dependem muito do seu enunciado, uma vez que está submetido ao direito positivo, como é o caso dos direitos sociais. Tais direitos estão enquadrados dentro dos direitos fundamentais, mas dependem de normas ulteriores para garantir sua eficácia e aplicabilidade, exemplo disso são as normas regulamentadoras do direito à saúde. Nesse sentido, afirma que apesar de a Constituição enquadrar os direitos fundamentais democráticos e individuais como direitos de aplicação imediata, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta) (SILVA, J., 2005, p. 183-184).

A admissão de outros direitos e garantias fundamentais não enumeradas na Carta Constitucional é possível graças à previsão de seu §2º do art. 5º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988)” (SILVA, J., 2005, p. 183-184).

Esses direitos fundamentais, no ordenamento jurídico brasileiro, são classificados com base no critério de conteúdo, referente à natureza do bem protegido e o objeto de tutela. São classificados em cinco grupos: “direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art. 12), direitos políticos (art. 14 a 17), direitos sociais (arts. 6ª e 193 e ss.), direitos coletivos (art. 5º), direitos solidários (arts. 3º e 225)” (SILVA, J., 2005, p. 183-4).

Tal classificação de direitos reflete a trajetória evolutiva dos direitos fundamentais do Estado Liberal ao Estado Constitucional Socioambiental, analisada por meio de gerações dos direitos fundamentais. Contudo, ressalta-se que essa evolução não ocorreu de forma linear, vez que muitas vezes os direitos de segunda geração estavam presentes com os direitos de primeira geração, mas que foram divididos para fins didáticos (SARLET, 2017, p. 501).

De acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 563), os direitos de primeira geração são aqueles que garantem a liberdade, os primeiros a serem salvaguardados pelos instrumentos normativos constitucionais, como os direitos

civise políticos, característicos da fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Se atualmente esses direitos estão pacificados nas codificações políticas, na realidade se moveram em um processo dinâmico e ascendente, com eventuais recuos, de acordo com os modelos das sociedades, sendo possível observar o mero reconhecimento formal desses direitos até a máxima concretização dentro dos quadros consensuais da efetivação democrática do poder.

Tais direitos têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, evidenciando a faculdade e a possibilidade de resistência ou de oposição em relação ao Estado, ou seja, possuem uma característica de direitos negativos, exigindo uma conduta de abstenção do poder. Já os direitos de segunda geração, tomaram conta do século XX, são os direitos sociais, culturais e econômicos, ou seja, os direitos das coletividades, diretamente relacionados com o princípio da igualdade, germinando da reflexão antiliberal do século XX, introduzidos dentro das diversas formas de Estado Social (BONAVIDES, 2004, p. 564).

No entanto, os direitos de segunda geração passaram por um “ciclo de baixa normatividade” ante a sua eficácia duvidosa, integrando uma esfera programática, devido ao fato de não possuírem mecanismos processuais de garantia como aqueles existentes nos direitos de liberdade. Tal crise de credibilidade teve fim desde que novas Constituições, como a do Brasil, introduziram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Esses direitos além de garantir os direitos dos indivíduos e da sociedade como um todo, visavam salvaguardar também as instituições, destacando-se as garantias institucionais. Determinadas instituições obtiveram uma proteção especial, a fim de protegê-las da intervenção do legislador ordinário, exemplo de tais garantias são aquelas que permeiam o funcionalismo público, o magistério, a autonomia funcional dos magistrados, a proibição dos tribunais de exceção, entre outras (BONAVIDES, 2004, p. 565-6).

Outrossim, é de extrema importância ressaltar o nascimento de um novo conceito de direitos fundamentais, enquadrando o Estado como um agente de grande relevância na concretização dos direitos fundamentais de segunda geração (BONAVIDES, 2004, p. 567). Posteriormente, em meio a um mundo dividido entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, com a precária garantia dos direitos fundamentais, verifica-se a busca por outra dimensão de direitos fundamentais, que visam o “gênero humano”, decorrente da reflexão acerca do desenvolvimento, do meio ambiente, do patrimônio comum da humanidade e da paz (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Já os direitos de quarta geração são os reflexos da “globalização política”, que correspondem a fase de institucionalização do Estado social, sendo estes o direito “à democracia, o direito à informação e ao pluralismo” (BONAVIDES,

2004, p. 571). No tocante às demais gerações de direito em relação aos direitos de quarta geração, o autor salienta (BONAVIDES, 2004, p. 572),

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o doutrinador conclui que os direitos de quarta

geração evidenciam o futuro da sociedade civil, vez que apenas com a legitimação destes é possível legitimar a globalização política (BONAVIDES, 2004, p. 572).

Quanto ao direito à saúde, este está incluído na segunda geração de direitos, ou seja, na atuação positiva do Estado na realização de políticas públicas para garantia e efetivação de tal direito. Assim, o presente trabalho buscará conceituar o que seria tal direito fundamental, bem como a forma como está positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.1 Direito à saúde

O direito à saúde está previsto no art. 196 e 197 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

De acordo com José Afonso da Silva (2005, p. 308-9), inicialmente o direito à saúde tinha mais relação com a “proteção da saúde” no sentido de organização administrativa no combate de endemias e epidemias e não como um direito do homem, o que veio ocorrer com a Constituição Federal de 1988. Consoante a isso, elucidou que o direito à saúde possui “duas vertentes”, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira (1984 apud SILVA, 2005, p.309), “uma, de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa das doenças e o tratamento delas”.

Logo, no que tange à atuação do Estado na efetivação de tal direito, os arts. 198 a 200, exigem uma atuação positiva do Estado, impondo aos entes públicos a realizações de políticas públicas, os quais são exigíveis por meio da ação de inconstitucionalidade por omissão (arts. 102, I, a, e 103, §2º), bem como a impetração do mandado de injunção ante a ausência de regulamentação (art. 5º, LXXI), apesar do STF entender que tal instrumento constitucional não tem função concreta na regulamentação desse direito (SILVA, 2005, p. 310).

Nesse sentido, a promoção do direito à saúde está diretamente relacionada com a realização de políticas sociais e econômicas, que deve ser promovidas pelo Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), consoante à previsão do art. 23, II, da Constituição Federal de 1988². Cumpre ressaltar que além da necessidade de se distribuir recursos para concretização do direito à saúde, que é escassa considerando os critérios distributivos, a evolução da medicina acaba por impor um caráter programático ao direito à saúde, pois a cada nova descoberta sempre surgirá novas necessidades (exames, procedimentos), uma nova doença a ser erradicada (MENDES; BRANCO, 2012, p. 903).

Essas políticas públicas visam reduzir os riscos de doenças e suas consequências, de forma a desenvolver um caráter preventivo, de acordo com o art. 198, II, da Constituição Federal de 1988³. Assim, o constituinte estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, reforçando a responsabilidade solidária dos entes da federação, garantindo a igualdade da assistência à saúde (art. 7º, IV, da Lei n. 8.080/90⁴), como foi o caso da quebra de patente de medicamentos para o tratamento da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e do Programa Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis (MENDES; BRANCO, 2012, p. 903).

No entanto, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2012, p. 904) defendem que a realidade do direito à saúde no Brasil não trata apenas de problemas de eficácia social desse direito fundamental e questões de implementação e

manutenção de políticas públicas, mas também problemas orçamentários dos entes federados. Dessa forma, o direito à saúde irá se efetivar mediante ações específicas, em dimensões individuais e mediante amplas políticas públicas que busquem a redução do risco de doenças e outros agravos (dimensões coletivas).

A efetividade do direito à saúde enfrenta, também, um impasse normativo, pois o art. 196 da Constituição não precisou de forma rigorosa todas as posições jurídicas que podem ser extraídas do direito em si. Desse modo, uma primeira solução caberia ao legislador infraconstitucional determinar concretamente os conteúdos aos quais o Estado ficaria vinculado e o seu campo de atuação. Contudo, a falta da especificidade legislativa não significa que o direito encontra-se à livre disposição do legislador, nesse sentido, observa Jorge Reis Novais (2004 apud PIVETTA, 2014, p. 50):

um direito na disponibilidade e dependente da decisão do legislador ordinário, um direito não constitucional em sentido formal ou, pelo menos, um direito não diretamente aplicável logo a partir de sua consagração constitucional, não seria, por definição, um direito fundamental.

Logo, a importância da atividade legiferante ordinária não retira o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade imediata do direito à saúde, pois o próprio teor do direito em si induz a essa abertura, haja vista que a existência de inúmeros fatores a serem considerados para o delineamento de seu conteúdo definitivo (PIVETTA, 2014, p. 58).

2.2.2. O direito à saúde como direito exigível.

Como já mencionado anteriormente, as possibilidades e os limites da exigibilidade do direito à saúde na condição de direito subjetivo, exigível pelo indivíduo em relação ao Estado e aos particulares como um direito de prestações materiais, é um tema atual e relevante no cenário brasileiro.

Um dos primeiros pontos desse assunto que dá margem a esse grande campo de discussões, é o próprio conteúdo aberto do direito à saúde em nosso texto legal (art. 6º e 196 da Constituição Federal) que não define o objeto protegido pela tutela jusfundamental, deixando ao intérprete a tarefa de integração prática da norma constitucional. Nesse sentido, é importante destacar que há diferenças entre o direito originário e o derivado, aquele direcionado à proteção jusfundamental voltado para norma constitucional e este mediado pela prática legislativa e por um sistema de políticas públicas já implementado, a fim de proporcionar o igual acesso às prestações já disponibilizadas (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934).

Além disso, já resta consolidado na doutrina e jurisprudência nacional a função de direito de defesa do direito à saúde, enquanto coibidor de interferências indevidas na saúde da população (individual e coletivamente), bem como uma função de proteção por impor um dever geral de respeito à saúde, pelo Estado e particulares (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934-5).

Contudo, o direito à saúde visto na condição de direito às prestações materiais, gera maiores controvérsias, como é o caso da aplicação do princípio da reserva do possível, que analisa a limitação de recursos, seja: a disponibilização dos recursos públicos e a capacidade de dispor de tais recursos com base nas competências constitucionais e nos princípios de proporcionalidade, subsidiariedade, eficiência e, principalmente, nos princípios da federação e autonomia municipal (adotados no Brasil) (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação do Estado no que tange a concretização de determinados direitos sociais e fundamentais, como é o caso do direito à saúde, sujeitando o Estado a agir de acordo com a disponibilidade dos recursos públicos (SILVA, L., 2011, p. 26-7).

A condição orçamentária é vista, em muitos casos, como um limite às ações do Estado para promoção dos direitos sociais. No entanto, tal ideia é equivocada, pois a previsão orçamentária para promoção das despesas públicas é regra direcionada ao administrador e não ao juiz, o qual tem a possibilidade de não observar o preceito para tornar efetiva uma norma constitucional, por meio da simples ponderação de valores. A Carta Constitucional de 1988, por sua vez, impede a realização de programas ou projetos que não estejam incluídos na lei orçamentária anual (art. 167, I), à geração de despesas que excedam os créditos orçamentários (art. 167, II) e o remanejamento ou transferência de recursos de um órgão para o outro, sem que haja prévia previsão legal (art. 167, VI) (SILVA, L., 2011, p. 26-28).

Com base no exposto, verifica-se que o legislador constituinte se preocupou em planejar todas as despesas do Poder Público, o que não impede o Poder Judiciário de ordenar a atuação do Poder Público na realização de determinadas ações para salvaguardar determinado direito constitucional, uma vez que as previsões orçamentárias e os direitos fundamentais estão no mesmo plano hierárquico, cabendo ao juiz priorizar o direito fundamental à regra orçamentária, dentro de certos limites, os quais serão abordados no decorrer deste trabalho (SILVA, L., 2011, p. 28).

Em contrapartida, a garantia de um direito fundamental está diretamente ligada ao mínimo existencial, ou seja, ao se tutelar um direito fundamental as razões vinculadas à reserva do possível não podem sobrepor àquelas que garantem o mínimo existencial e por si só afastar o dever de promoção do direito e a exigibilidade do cumprimento de deveres (ALEXY, 1994 apud SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

A reserva do possível mais do que questões orçamentárias, envolve o respeito à estrutura e regulamentação do próprio sistema, como é verificado nas ações de medicamentos, por exemplo, nas quais se deve valer do trabalho de profissionais especializados em seus pareceres nas prestações e saúde específicas, e os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS (SARLET; FIGUEIREDO, 2008). No entanto, com a evolução da jurisprudência, a reserva do possível quando alegada, deve vir acompanhada de suas respectivas provas, ou seja, não basta mais sua simples alegação.

Ademais, a efetivação do direito à saúde enquanto direito a prestações materiais necessita de uma definição pormenorizada de seu conteúdo, uma vez que não há previsão constitucional taxativa das prestações positivas do Estado. Tal situação acaba por refletir nas ações judiciais que buscam essas prestações, realidade que favorece àqueles que possuem meios de acesso ao judiciário, o que demonstra a importância da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, especialmente, do direito à saúde (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

Em relação ao acesso à justiça, há aqueles que defendem a propositura das ações de caráter coletivo em face das ações individuais, sob o argumento de que essas contribuiriam para a real prestação do direito à saúde, considerando as políticas públicas existentes para esse fim. No entanto, é necessário ressaltar que, apesar do direito à saúde possuir um viés coletivo e difuso, o mesmo está diretamente ligado ao direito de cada pessoa, de forma individual, ao seu direito à vida, à sua integridade física (CANOTILHO et al. 2013, p. 1934).

Dessa forma, o direito às prestações individuais por meio da via judicial jamais poderá ser refutado, pois se trata de uma garantia constitucional do indivíduo, o que revela mais uma vez a necessidade de uma análise das dimensões organizatórias e procedimentais do direito à saúde (CANOTILHO et al. 2013, p. 1935).

Nesse sentido, a doutrina e jurisprudência nacional têm reconhecimento com frequência as posições subjetivas decorrentes do direito às

prestações materiais, sejam nas hipóteses de iminente risco de vida e nos casos de garantia do mínimo existencial:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência⁵ constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela

coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP- 00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Contudo, essas prestações realizadas pelo Estado, com o fim de atender as demandas inerentes da promoção dos direitos sociais, principalmente quanto ao direito à saúde, encontra restrições/reservas em sua aplicabilidade, sejam elas: “reserva imanente de ponderação”, “reserva do politicamente adequado ou oportuno” e “reserva do financeiramente possível” (PIVETTA, 2014, p. 68).

Tais restrições existem, devido à necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos e à consequente falta de caráter inequívoco de mandos, decorrente da natureza essencialmente principiológica dos direitos sociais.

Segundo Jorge Reis Novais (2010 apud PIVETTA, 2014, p. 71), todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, que autoriza, em certos casos, a sua restrição, com base em determinadas situações, como é o caso da atuação do Estado na restrição do uso de determinados medicamentos não autorizados pela Anvisa. Cumpre salientar que tal reserva não incidirá nos casos em que a Constituição já sedimentou em caráter definitivo, ou seja, quando o comando já estiver consagrado por meio de uma regra.

A “reserva do politicamente adequado ou oportuno” está ligada com a atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. No caso do direito à saúde, a Administração Pública dentro do exercício de sua competência normativa, elabora vários atos para promoção e proteção desse direito, um exemplo é a Portaria n. 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde que regula as substâncias medicamentosas sujeitas ao controle especial (PIVETTA, 2014, p. 72-3).

Já a “reserva do financeiramente possível” ou “reserva do possível” é a que se observa na atuação positiva do Estado na promoção de prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde com a utilização de recursos significativos, o que não retira o caráter jusfundamental do direito à saúde. Essa reserva é vista como uma forma de alocação de recursos para o cumprimento das finalidades do Estado (PIVETTA, 2014, p. 77-8).

Tais reservas acima expostas podem, em alguns casos, afetar negativamente o direito na medida em que possui natureza principiológica e conteúdo parcialmente indeterminado, como é o caso do direito à saúde. Assim, a fim de determinar o nível de incidência dessas reservas em relação aos direitos sociais, se estabeleceu uma estratégia teórico-jurídica do mínimo existencial (PIVETTA, 2014, p. 78).

A necessidade de atribuir força jurídica aos direitos sociais decorre

especialmente, no ordenamento brasileiro, da previsão do art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, que acaba por assegurar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Dessa forma, nos contextos em que inexistente o reconhecimento expresso da fundamentalidade dos direitos sociais, existe a limitação de um mínimo de eficácia jurídica de tais direitos com base em outros princípios ou dispositivos, um exemplo é a dignidade da pessoa humana (PIVETTA, 2014, p. 79).

Ana Paula Barcellos (2010 apud PIVETTA, 2014, p. 81) ressalta que as disposições constitucionais que permitem delimitar o núcleo material mínimo da dignidade da pessoa humana. Esse núcleo acaba por variar de acordo com as condições fáticas e jurídicas da sociedade, mas que acabam sendo divididos em quatro grupos: educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à saúde; elementos que constituem o mínimo existencial, indispensável para constituição de uma vida digna.

Essa garantia do mínimo existencial vai além da mera sobrevivência física, uma vez que a vida humana não é apenas a existência, mas sim uma vida em que seja possível usufruir dos direitos fundamentais e desenvolver a personalidade. Assim, busca-se garantir a vida digna à população, correspondente às exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, por meio do reconhecimento definitivo do caráter constitucional a garantia do mínimo existencial pelo Estado (SARLET; FIGUEIREDO, 2008).

De acordo com Ricardo Lobo Torres (p. 35),

O mínimo existencial é direito protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais. Diz-se, pois, que é direito de *status negativus* e *de status positivus*, sendo certo que não raro se convertem uma na outra ou se co-implicam mutuamente a proteção constitucional positiva e negativa.

Ou seja, o mínimo existencial é a parte mínima que cada pessoa necessita para sobreviver, o qual é dever do Estado garantir por meio de ações positivas e negativas.

Nesse sentido também defende Sarlet (2017, p. 621), o qual concorda com o entendimento de Torres, mas complementa alertando que não se pode quantificar de uma forma única e definitiva o mínimo existencial, pois este varia conforme o lugar, situação socioeconômica, período, expectativas e necessidades.

No caso do direito à saúde, a delimitação de um conteúdo mínimo é ainda mais difícil, pois há inúmeras situações em que a proteção do direito à saúde não permite flexibilidade, casos em que há chance de redução da vida do indivíduo. De tal modo, o mínimo existencial em relação à saúde, está relacionado com as prestações que podem ser disponibilizadas a todas as pessoas, denominadas de "saúde básica", para demais prestações é necessária à atuação do legislador ordinário (BARCELLOS, 2010 apud PIVETTA, 2014, p. 80-1).

Essa falta de definição do direito à saúde acaba por dificultar o estabelecimento de políticas públicas capazes de atender de forma eficaz à demanda da população. Apesar da criação da Lei 8.080/1990 que estabelece às diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), falta um texto legal capaz de

estabelecer de diretrizes da saúde nacional, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1966).

3. A atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O Poder Judiciário possui um relevante papel dentro de um Estado Constitucional Democrático, seja o de interpretar a Constituição Federal e as leis, protegendo os direitos e o próprio ordenamento jurídico. Além dessas atribuições, caberá aos magistrados e parquets dar sentido a certas normas jurídicas, quando houver a aplicação de normas e princípios jurídicos com conceitos indeterminados ou muito amplos. Essa atuação do judiciário deve realizada com base na ponderação dos direitos e princípios previstos na Constituição Federal (BARROSO, p. 21).

A maior atuação do Judiciário teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que passou atribuir ao Estado um dever prestacional amplo, a ser cumprido pela execução de políticas públicas, formuladas com base nas diretrizes do SUS (FOGAÇA, 2014, p. 88). Assim, é com fundamento nesse novo cenário que surgiu o processo de judicialização, criado a partir de ações que pretendiam o fornecimento de medicamentos antirretrovirais para HIV/AIDS, tendo o Judiciário como um dos únicos meios para obtê-los, uma vez que não fornecidos pelo Estado (PEPE et al., 2010 apud FOGAÇA, 2014, p. 88).

Esse fenômeno de judicialização, de forma breve, segundo Luis Roberto Barroso (2012 apud FOGAÇA, 2014, p. 89), seria a alteração do nível de decisão a certos assuntos, os quais deixariam de ser objeto de deliberação dos entes originalmente competentes e passariam a ser objeto de discussão do Poder Judiciário.

No que diz respeito à atuação judicial no campo de fornecimento de medicamentos, se reflete justamente essa transferência decisória, a qual seria da Administração Pública, mas que por omissão e falhas acaba chegando ao Poder Judiciário.

A atuação judicial nos casos de fornecimento medicamentos dever ser realizada com fundamento nas normas jurídicas existentes, nos princípios morais e conhecimentos técnicos (pareceres de profissionais da área da saúde, por exemplo) para que seja formulado um juízo em relação às ações/omissões dos entes públicos (BARROSO, 2007, p. 21).

Contudo, como o direito à saúde está diretamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e a vida e suas previsões legais são de conteúdo aberto, dá-se margem a diversas interpretações e formas de efetivação dos direitos,

as quais podem vir a colidir entre si. Dessa forma, é necessário verificar quais são os deveres jurídicos do Estado previstos nas normas para atuação do Poder Judiciário na regulamentação das atividades públicas, principalmente naquelas omissas ou que atentem contra a Constituição Federal (BARROSO, 2007, p. 21-2).

Nesse sentido destaca Luis Roberto Barroso (2007, p. 22):

a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter amarra da autocontenção.

A atividade judicial no fornecimento de medicamentos tem como fundamento o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal (1988), “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, sendo legítima a intervenção judicial para impedir a lesão ou ameaça ao direito à saúde, contudo, nota-se um desvirtuamento na utilização dos instrumentos processuais previstos na lei, principalmente nas ações de natureza prestacional, como é o caso do fornecimento de medicamentos (SILVA, L., 2011, p. 39).

Essa alteração da real utilidade dos instrumentos processuais está

ligada a falta de informações por parte dos operadores do direito, em relação às políticas públicas de saúde, principalmente, no que diz respeito às prescrições medicamentosas. Há casos em que a adulteração é originária da má-fé dos profissionais da área da saúde e indústria farmacêutica, o que revela a necessidade em observar determinados critérios para viabilizar a atuação judicial na efetivação da assistência farmacêutica pelo Estado (SILVA, L., 2011, p. 39).

Outro ponto que merece destaque é a utilização do processo judicial para geração de lucros para as indústrias farmacêuticas, médicos, advogados e laboratórios, a chamada “indústria da ação judicial”. De tal modo, é necessário que o juiz, ao analisar as ações e medicamentos, averigue: a) se o fármaco solicitado corresponde ao diagnóstico dado à doença que acomete o paciente; b) se há

medicamentos correspondentes fornecidos pelo SUS, se sim, qual o motivo da não utilização; c) os tratamentos já realizados por este e os motivos da ineficácia e a consequente solicitação de novo fármaco; d) a habilitação do médico que prescreveu os medicamentos. Nesse sentido, é possível solicitar pareceres de profissionais habilitados e especialistas para decidir de acordo com a real necessidade do requerente (SILVA, L., p. 44).

Destarte o que foi dito, afere-se que é legítima a propositura de ações para obtenção de medicamentos não fornecidos pelo sistema público de saúde, bem como a atuação do Poder Judiciário na proteção e promoção do direito à saúde nas ações que buscam o fornecimento de medicamento. No entanto, há certos pontos que devem ser observados pelos operadores direito ao analisar e agir em tais ações, a fim de não causar prejuízos à Administração Pública e ao próprio SUS.

3.1. Limites Legítimos e Críticas

Apesar de a atuação judicial ser legítima no que se refere à proteção dos direitos, essa intervenção não está isenta de diversas objeções, principalmente no que se refere às ações que interferem na competência e atribuições de outros Poderes. Nesse sentido, há diversas críticas à atuação do Poder Judiciário, mas poucas são relevantes, das quais algumas serão expostas de forma breve, a fim de proporcionar visão maior sobre tal ponto.

A atuação do Poder Judiciário no setor de fornecimento de medicamentos acaba por interferir nas políticas de saúde formuladas pelo Poder Executivo, uma vez que as decisões originalmente políticas e de competência dos administradores públicos da saúde, acabam sendo tomadas no judiciário. A interferência do Poder Judiciário no campo político é denominada judicialização, como anteriormente exposto, característico das democracias contemporâneas (BORGES; UGÁ, 2008, p. 15).

Ocorre que, as decisões judiciais nas ações individuais para fornecimento de medicamento caracterizam um novo tipo de judicialização, no qual o Poder Judiciário se substitui ao Executivo na escolha em prover determinados medicamentos, com fundamento na efetivação do direito à saúde. Apesar de o Brasil adotar um sistema público de saúde e universal, nem todos os serviços, tratamentos e medicamentos são fornecidos à população, pois não há recursos suficientes para tal, o legislador, característica do texto constitucional amplo elaborado. Assim, ficou a cargo do legislador ordinário a elaboração de dispositivos legais que definam de forma mais específica as prestações de saúde. No entanto, muitas dessas

regulamentações são normas técnicas feitas pelo Poder Executivo (infraconstitucionais) como é o caso da assistência farmacêutica (BORGES; UGÁ, 2008, p. 15).

Essa intervenção judicial não está relacionada apenas com as políticas de saúde, mas também com as “decisões técnicas relativas à incorporação de tecnologia”, o que é um problema, pois o Poder Judiciário não possui esse conhecimento técnico necessário. Logo, deve ser tomado um maior cuidado por parte do judiciário ao analisar essas ações judiciais referentes aos medicamentos, pois o objeto das ações não é apenas a medicamento pretendido, mas também a padronização do produto pelo Ministério da Saúde e a adequação do fármaco à situação do paciente. Assim, considerando a atuação do judiciário nas ações de saúde, em especial as ações de medicamentos, é necessária a existência de limites às ações do Poder Judiciário (BORGES; UGÁ, 2008, p. 16).

A atividade do magistrado entre os séculos XVIII e XIX era apenas de aplicador das leis, sem margem para maiores interpretações a não ser o que já estava previsto. Com o crescimento do Poder Judiciário no século XX, a atuação dos juízes se transformou, passando a ter discricionariedade em seus atos. Dessa forma, considerando que os magistrados são mais que meros aplicadores da lei, e que ao aplicar a lei no caso concreto, acaba por exercer um poder normativo, em muitos casos (BORGES; UGÁ, 2008, p. 23).

Ocorre que, as ações judiciais que envolvem conflitos de bens com recurso do Estado possuem certos limites. Tais ações devem ser consideradas com fundamento nos princípios da justiça distributiva, ou seja, como tais ações envolvem a distribuição de bens públicos, não podem ser analisadas iguais aos conflitos bilaterais onde uma parte ganha e outra perde. Segundo a análise feita por José Reinaldo de Lima Lopes, haveria seis limites para essa atuação judicial, descritos a seguir (BORGES; UGÁ, 2008, p. 25).

O primeiro limite seria em relação aos efeitos que essas decisões judiciais produzem aos bens públicos, especialmente nas ações de saúde. Ao deferir um pedido de uma ação ajuizada contra o Estado exigindo a realização do tratamento para transplante de fígado, fará com que esse indivíduo passe à frente de uma fila de outras pessoas que também se encontram nessa mesma situação. Ou seja, decisões desse caráter não afetam apenas os indivíduos envolvidos, mas toda uma coletividade que possui as mesmas necessidades. Tal situação aplica-se da mesma forma às ações de medicamentos de custo elevado, os quais não são fornecidos pelo Estado, pois acabará por privar certa coletividade de outros tratamentos de saúde (BORGES; UGÁ, 2008, p. 25).

Portanto, ao decidir sobre esses casos, o Poder Judiciário não pode entender como uma solução de conflitos entre duas partes apenas, mas sim entender a dimensão dos reflexos que isso pode causar a uma coletividade, uma vez que envolve bens comuns da sociedade (BORGES; UGÁ, 2008, p. 26). Nesse sentido, expõe José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 26), "Muitos são os problemas que não se resolvem individualmente. Por exemplo, a questão da moradia ou da saúde pública. Então o valor de determinadas decisões não pode ultrapassar determinadas pessoas, ou determinadas regiões".

O Segundo ponto seria a repercussão das decisões na alocação dos recursos públicos, que é de competência do Poder Executivo e não do Judiciário. Assim, há uma linha tênue entre o dever do Poder Judiciário em zelar pelos direitos do cidadão e a alteração das políticas públicas que fica no campo de atuação do Poder Executivo. Em consonância como exposto, defende José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 26):

os tribunais não têm poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários e, em caso de necessidade não têm poder de criar novas formas de financiamento público, constringendo sua atuação em programas de reformas propriamente ditos.

O terceiro ponto seria a forma de resolução dos conflitos, como já exposto acima, a respeito da justiça distributiva. Já o quarto limite seria a inércia institucional do Poder Judiciário, devendo ser provocada a sua atuação. Nas ações cujo objeto é o bem comum, a iniciativa de uns pode representar a perda para outros, como é o das ações que pleiteiam medicamentos de alto custo ou um transplante. Tais casos representam a aproximação da população do Poder Judiciário, seja para ter acesso à insumos e serviços anteriormente negados pelo Estado, e conseqüentemente provocar a alteração das políticas públicas em seu benefício (BORGES; UGÁ, 2008, p. 27-8).

Assim, conforme aponta Borges e Ugá (2008, p. 28), as ações individuais que deveriam ser tratadas de forma coletiva, acabam por "realizar justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça)".

O penúltimo limite para atuação do Poder Judiciário seria o embasamento das decisões judiciais proferidas, pois o julgamento realizado é feito com parâmetros em leis e jurisprudências já consolidadas. Ocorre que, como essas demandas prestacionais envolvem questões distributivas de bens comuns, é necessário que, ao decidir, voltem-se os olhos para o futuro, ou seja, análise as

políticas públicas que preveem a distribuição e remessa de recursos públicos. Com base nisso, defende José Reinaldo de Lima Lopes (2006 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 28):

o julgador precisa nessas circunstâncias mais do que um instinto para o precedente. Ele não apenas ordena, precisa também fiscalizar e administrar. E, depois de ordenar, por ver-se diante do problema da falta de dinheiro para cumprir sua ordem.

O último limite para as ações poder Judiciário seria a insuficiência técnica de sua assessoria, principalmente, no que tange às questões de saúde, as quais envolve a consulta de órgãos especializados, dados estatísticos, econômico-financeiros, políticos e de gestão. Assim, ressalta Mauro Cappelletti (1999 apud BORGES; UGÁ, 2008, p. 29):

Efetivamente, para a criação do direito fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e “em muito ultrapassam o simples conhecimento do direito existente e como este se realiza”. Os juízes, segundo esse entendimento, não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, que não podem se limitar às leis e aos precedentes, e envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos; não dispõem sequer dos recursos, inclusive financeiros, mediante os quais parlamentos, comissões legislativas e ministérios estão em condições de encarregar terceiros para efetuar pesquisas que, frequentemente, nem os legisladores e administradores saberiam desenvolver por si mesmos.

Portanto, é necessário o maior desenvolvimento tanto do Poder Judiciário, quanto de seus recursos para que suas decisões de fato supram a necessidade da população de maneira efetiva, fazendo com que o benefício de alguém não gere a perda do outro.

3.2. Posicionamentos adotados pelos Tribunais Superiores.

O Superior Tribunal de Justiça, em 05 de abril de 2018, ao julgar o Recurso Especial de n. 1.657.156-RJ, entendeu que o poder público detém a obrigação em fornecer todos os medicamentos, até aqueles não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que cumpridos três requisitos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: 1) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2) Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3) Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). (STJ. 1ª Seção. REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 25/04/2018 (recurso repetitivo)).

Posteriormente, em 12 de setembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por retificar o terceiro requisito da tese anteriormente fixada e modular os efeitos dessa decisão, asseverando:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (STJ. 1ª Seção. EDcl no REsp 1657156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo))

Essa alteração fez com que o registro do medicamento junto à ANVISA afastasse a possibilidade do fornecimento de medicamentos fora da indicação prevista na bula (*off label*), salvo se autorizado pela ANVISA.

Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de embargos de declaração no Recurso Especial n. 1657156-RJ, alterou a data do início da produção dos efeitos de tal decisão, a qual passou a surtir efeitos a partir de 04 de maio de 2018. Assim, quanto aos processos anteriormente autuados, exigia-se apenas a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, fixou a seguinte tese para aplicação da repercussão geral:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (RE 657718, 22.05.2019).

A partir desse julgado, o Supremo Tribunal Federal retirou do Estado e do Município a obrigação de fornecer medicamentos sem regulamentação pela ANVISA, os quais devem ser tutelados apenas em face da União.

No que tange aos medicamentos de alto custo, o julgamento dessa repercussão geral encontra-se suspenso esperando julgamento, o qual foi designado para o dia 23/10/2019, conforme calendário de julgamento publicado no site do tribunal, nesse sentido a repercussão geral foi reconhecida pelo Ministro Marco Aurélio,

**REPERCUSSÃO GERAL - COMPETÊNCIA DO PLENÁRIO -
ADMISSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA À SAÚDE -
FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO -
EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO.**

1. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites

orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional.

2. Admito a repercussão geral articulada em capítulo próprio no extraordinário. Submeto aos integrantes do Tribunal a matéria para deliberação a respeito (grifo nosso).

Quanto à responsabilidade dos entes federativos em fornecer medicamentos à população, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento da responsabilidade solidária entre estes, em sede de repercussão geral, reafirmando jurisprudência,

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA.

O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. (RE 855.178 RG/SE, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 05/03/2015, data de publicação: 16/03/2015).

Posteriormente, houve a fixação da tese de repercussão geral, Tema 793, por maioria dos votos,

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e

determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Atualmente, o presente processo encontra-se concluso com o Relator aguardando julgamento.

Outro tema que merece destaque é a possibilidade de imposição de astreintes ao ente público, a fim de obriga-lo a fornecer os medicamentos determinados em decisões judiciais. Sobre esse assunto já decidiu em sede de Recurso Repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça,

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. **IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.** INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO

CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, **é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.** 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. **Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida.** Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro

Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRgno REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. **A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária.** Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008 (REsp 1474665/RS, Relator(a): Min. BENEDITO

GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, DJe 22/06/2017) (grifo nosso).

3.2.1. Posicionamentos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já firmou entendimento quanto aos medicamentos, conforme é possível verificar nos enunciados de n. 16, 28, 29 e 30,

ENUNCIADO 16: As medidas judiciais visando a obtenção de medicamentos e afins podem ser propostas em face de qualquer entefederado diante da responsabilidade solidária entre a União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde à população.

ENUNCIADO 28: O Ministério Público tem legitimidade para, como substituto processual, postular o fornecimento de medicamentos (e afins) a paciente sem condições econômicas para adquiri-lo, independentemente de via judicial eleita.

ENUNCIADO 29: A teoria da reserva do possível não prevalece em relação ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, não constituindo óbice para que o Poder Judiciário determine ao ente político o fornecimento gratuito de medicamentos.

ENUNCIADO 30: Para fins de fornecimento gratuito de medicamentos por ente federado mostra-se irrelevante o fato de o relatório médico não ter sido elaborado por profissional integrante do SUS (Sistema Único de Saúde).

É possível depreender que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entende pela responsabilidade solidária dos entes federativos no fornecimento de medicamentos, bem como parte legítima para configurar nos processos que visam garantir o direito à saúde à população.

Quanto à reserva do possível, entende pela não supremacia desse princípio em relação à promoção do direito à saúde pelo Estado. No mais, acompanha os entendimentos já firmados pelos Tribunais Superiores.

4. As Tutelas de Urgência de acordo com o Código de Processo Civil de 2015.

Na prestação jurisdicional, não deve o juiz, em regra, determinar medidas que alterem a situação jurídica patrimonial das partes do processo, antes de proferida a sentença, tornando o interesse tutelado "firme ou definitivo. Contudo, há casos em que a espera pelo provimento final, torna a lide inútil, já que o bem tutelado terá "desaparecido ou a pessoa a que era destinado já não mais terá condições de ser beneficiada pelo ato judicial" ou é a própria natureza do direito

tutelado que reclama a usufruição imediata do direito tutelado judicialmente (THEODORO, 2015, p. 163).

No direito brasileiro, a tutela provisória desdobrou-se em três espécies distintas, a) tutela cautelar que visa salvaguardar a utilidade e a eficiência do futuro e eventual provimento, possuindo uma característica conservativa dos “elementos do processo”; b) tutela satisfativa que permite aos litigantes usufruir de forma provisória o direito perseguido, antes do julgamento definitivo da lide; c) tutela de evidência, a qual prescinde de um conjunto probatório maior para que seja deferida e permita a fruição dos efeitos futuros da sentença de mérito a ser proferida nos autos (THEODORO, 2015, p. 163).

Contudo, para valer-se das medidas cautelares e satisfativas é necessária a configuração de alguns requisitos, os quais estão previstos no art. 300, do Código de Processo Civil de 2015, vejamos. A “aparência de direito (fumus boni iuris)”, perigo decorrente da demora da prestação jurisdicional (periculum in mora), vem como a verossimilhança das alegações do requerente. No tocante à tutela de evidência, não há necessidade de se comprovar o periculum in mora, vez que a sua concessão está condicionada a demonstração, de forma convincente, do direito material perseguido (THEODORO, 2015, p. 164).

4.1. As diferenças entre a tutela de urgência antecipada e a tutela de urgência cautelar e suas características.

De forma sintética, a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é possível evidenciar-se a partir da redação do art. 301, do Código de Processo Civil:

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Verifica-se que a tutela cautelar tem como fim assegurar a efetivação da tutela satisfativa do direito material pretendido, ou seja, busca assegurar o resultado útil do processo, sendo exigida desde logo ou dependendo de certa circunstância, poderá ser exigida (MARINONI, 2017, p. 35).

Cumpra-se ressaltar que a tutela cautelar não satisfaz o direito por antecipação, mas sim assegura o direito ou a tutela efetiva do direito material, o contrário da tutela antecipada, a qual permite a realização do direito material e não a sua segurança, mediante cognição sumária, “A tutela antecipada é a tutela final, antecipada com base em cognição sumária” (MARINONI, 2017, p. 36).

A tutela antecipada, por sua vez, “satisfaz” a pretensão pretendida pelo autor na ação proposta, ou seja, o autor não tem interesse em outra tutela a não ser aquela a ser obtida em tutela antecipada. Ao contrário da tutela cautelar, a tutela antecipada não indica uma situação substancial diferente da tutelada, mas sim uma situação tutelável ou a outra tutela do direito material (MARINONI, 2017, p. 36).

Ademais, outra diferença importante entre as tutelas é que, enquanto a medida cautelar sempre depende do procedimento, o qual deverá compor o litígio em si, a tutela antecipada poderá, por convenção das partes, estabilizar-se, sendo desnecessário o prosseguimento da ação a fim de ser proferida uma sentença de mérito e formação da coisa julgada (THEODORO, 2015, p. 619).

4.2. Os requisitos para concessão da tutela de urgência.

Conforme disposto pelo doutrinador Humberto Theodoro Junior, as tutelas de urgência, sejam as cautelares e satisfativas, tem como requisitos comuns entre elas o “*fumus boni iuris*” e o “*periculum in mora*”. Ou seja, um “dano potencial”, a possibilidade de dano ao processo, em razão do “*periculum in mora*”, o qual deverá ser “objetivamente apurável” no caso em análise. Outro requisito a ser verificado é a “probabilidade do direito substancial” requerido pela parte, o “*fumus boni iuris*”.

Pois bem, na tutela de urgência, não há a necessidade da demonstração real da existência do direito material tutelado, o qual está em risco, vez que sua comprovação ocorrerá na fase instrutória e será declarada em sede de sentença de mérito. Já a tutela cautelar, busca-se analisar a existência do direito em risco por meio do interesse que justifica o direito ao processo de mérito, vez que busca assegurar o seu resultado útil. Assim, o juízo realizado em ambas as tutelas não é exaurido nessa fase, pois busca apenas a verossimilhança das alegações apresentadas, com uma verificação sumária e provisória.

Quanto ao “*periculum in mora*”, deverá a parte interessada demonstrar o risco de “perecimento, destruição, desvio, deterioração, ou de qualquer mutação das pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficaz atuação do provimento final do processo”. Logo, o “*periculum in mora*” é evidenciado perante as provas e dados concretos carreados nos autos, capazes de alterar a situação de fato existente no período do estabelecimento da lide, anterior ao processo, buscando impedir que a consumação comprometa a tutela jurisdicional proposta.

No que tange à reversibilidade, dispõe o art. 300, §3º, do Código de Processo Civil de 2015, “a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será

concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Ou seja, é essencial a aferição da reversibilidade da tutela dentro dos limites do processo, para restaurar o status quo sem o ajuizamento de nova demanda, o *periculum in mora adversum*, pois o autor não tem o direito de impor ao réu o perigo que ele diz ameaçar o seu direito (THEODORO, 2015, p. 622).

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 possui regra expressa sobre esse tema, o qual prevê o indeferimento da medida cautelar pelo tribunal, em seu art. 368, “quando o prejuízo dela resultante para o requerido exceda consideravelmente o dano que com ela o requerente pretende evitar”. Assim, a observância da inexistência do *periculum reverso*, é um requisito a ser verificado em todas as tutelas de urgência, pois a falta desse critério poderá comprometer “o bom nome e até a seriedade da justiça” (THEODORO, 2015, p. 623).

Outrossim, o Código prevê que a decisão judicial que conceder ou não a tutela provisória deverá ser fundamentada de forma precisa e clara, conforme dispõe o art. 298, caput. Tal exigência caracteriza a ausência da mera discricionariedade do magistrado na decisão acerca da tutela provisória requerida, devendo fundamentá-la, com base nos elementos produzidos em instrução sumária.

4.3. A irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos.

No tocante a irreversibilidade da tutela antecipada e seus efeitos, conforme já disposto anteriormente, o art. 300, §3º do Código de Processo Civil de 2015, prevê a impossibilidade da concessão da tutela de urgência antecipada nos casos em que houver perigo de irreversibilidade da decisão proferida. Ou seja, a tutela é provisória, pois o juiz, ao concedê-la, não afirma o direito requerido, logo, não pode prejudicar a decisão sobre o direito de forma exauriente (MARINONI, 2017, p. 59).

A decisão que concede a tutela de urgência antecipada não poderá produzir efeitos que impeçam outro juízo de realizar uma cognição mais profunda do caso, que possa, eventualmente, entender de forma diversa o direito substancial tutelado (MARINONI, 2017, p. 59).

No tocante aos casos de tutela antecipada que tutelem direitos fundamentais sociais, as quais exijam disponibilidade de recursos por parte do ente demandado, há que se verificar o caso concreto para que fato de indeferir uma tutela com base na irreversibilidade não viole direitos fundamentais (LIEBL, GARCIA, 2016, p.91).

Um exemplo dado é o de um requerimento para realização de uma cirurgia cardíaca, com fundamento no direito fundamental à vida e à saúde, onde

os efeitos da decisão serão irreversíveis, contudo, com base no juízo da ponderação, poderá o juiz relativizar a irreversibilidade, a fim de salvaguardar o direito do autor, vez que o seu indeferimento causaria danos irreparáveis (LIEBL, GARCIA, 2016, p.91).

No que se refere ao juízo de proporcionalidade utilizado para afastar a irreversibilidade da tutela antecipada, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

[...] Com efeito, no caso em discussão a necessidade do medicamento Afinitor (Everolimo) 10 mg, a fim de impedir o progresso da doença, restou comprovada pelo receituário médico (evento 1.3) e relatório fornecido pelo médico que o atende (evento 1.15). De outro norte, a recusa no fornecimento do fármaco restou caracterizada pelo documento de evento 1.8, expedido pela 8ª Regional de Saúde do Estado do Paraná. O art. 196 da Constituição Federal dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. **É certo que tal preceptivo não obriga o Poder Público a prover indistintamente os reclames referentes à saúde, principalmente em face de sua natureza programática. Porém, fato é que a prestação aqui pleiteada não se mostra exacerbada ou desproporcional.** Ademais, não se pode permitir que simples questão administrativa se sobreponha a direito público subjetivo fundamental, ligado à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF/88), que deve prevalecer sobre eventuais políticas públicas de saúde. **Assim, há de concluir pela existência de uma situação subjetiva ativa da parte autora em relação ao Estado, no sentido de poder exigir do poder público fornecimento do medicamento Afinitor (Everolimo) 10 mg.** Além de existirem elementos a convencerem da verossimilhança das alegações da parte em relação à necessidade do fármaco, notadamente o relatório médico da paciente apresentado no evento 1.5, no caso em tela vê-se o perigo de dano irreparável, visto que a demora no fornecimento do fármaco acarretará em prejuízos clínicos ao paciente. **Em relação à**

irreversibilidade da medida, entendendo essa ser dispensável no presente caso, ante um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, devendo prevalecer o direito à saúde e à vida em detrimento do interesse secundário da Administração Pública. Ademais, quanto à possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública, bem como a sua concessão sem a sua oitiva prévia, importante frisar que o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (que veda a antecipação de tutela contra Fazenda Pública) não tem abrangência de proibir toda e qualquer medida antecipatória, uma vez que "**a Lei n. 9.494/97 (artigo 1º) deve ser interpretada de forma restritiva, não cabendo sua aplicação em hipótese especialíssima, na qual resta caracterizado o estado de necessidade e a exigência de preservação da vida humana, sendo de se impor a antecipação da tutela, no caso, para garantir ao apelado o tratamento necessário à sua sobrevivência**" (STJ - REsp: 275649 SP, Relator: Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, DJ 17/09/2001) (TJ-PR - AI: 0043235-69.2018.8.16.0000, Relatora: Desembargadora Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, Data de Julgamento e Publicação: 10/07/2019, Quarta Câmara de Direito Civil).

Dito isso, verifica-se a exceção da irreversibilidade da tutela antecipada quando se busca salvaguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana e no princípio da proporcionalidade, criando certa maleabilidade na irreversibilidade da tutela antecipada, de acordo com o caso concreto.

4.4. Estabilização da tutela contra a Fazenda Pública.

De acordo com o disposto no art. 341, I, do CPC/2015, as alegações feitas pela parte interessada, ainda que não impugnadas pelo ente público, não serão presumidas como verdadeiras quando não for admissível a confissão. Logo, a não apresentação de contestação pelo advogado da Fazenda Pública não torna os fatos incontroversos (MARINONI, 2017, p. 127).

Quanto à estabilização da tutela antecipada em relação à Fazenda Pública, é necessária a verificação de que a não interposição do agravo de instrumento tenha impedido o juiz de investigar as alegações de fato, para então torna-la imutável após decorrido o prazo para sua revisão (MARINONI, 2017, p. 127).

Nesse sentido dispõe Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 128),

[...] o regime que subordina a modificação ou invalidação dos efeitos concretos e processuais da tutela antecipada a uma ação de revisão proponível no prazo de dois anos deve ser aplicado de forma diferenciada em relação à Fazenda Pública. Só a tutela antecipada que supõe probabilidade de direito a partir da análise de questão de direito que não requer investigação de alegação de fato está integralmente subordinada ao regime da estabilização da tutela. Nesse caso, **a não propositura de ação de revisão pela Fazenda Pública torna a tutela estabilizada insuscetível de rediscussão e mutação**. Contudo, na hipótese em que a probabilidade do direito resulta da suposição de que as alegações de fato são prováveis, o regime da estabilização da tutela não é integralmente aplicável. **A não interposição de agravo pela Fazenda Pública, qualquer que seja o caso, conduz à extinção do processo e a perdurabilidade dos efeitos da tutela antecipada até que seja proposta ação de revisão**, mas a tutela antecipada baseada em fatos que **não foram plenamente investigados – embora se torne estável diante da não interposição do agravo de instrumento – nunca se torna imutável em face da Fazenda Pública** (grifo nosso).

Dessa forma, conclui-se que a tutela antecipada concedida inaudita altera parte, antecedente ou não, quando não impugnada por meio de agravo de instrumento, haverá a conservação dos efeitos após a extinção do feito. Contudo, se a tutela antecipada se fundamentar em fatos não investigados de forma exauriente, não se torna imutável, não sendo aplicável à Fazenda Pública o prazo de dois anos para revisão processual (art. 304, §4º, CPC/2015).

4.5. Análises das decisões liminares nas ações de medicamentos propostas nos Juizados Especiais de Ponta Grossa/PR, referentes ao segundo semestre de 2018.

Em consulta às Secretarias dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, foi realizado o levantamento das ações propostas em face das entidades federativas, seja o Estado do Paraná e Município de Ponta Grossa/PR, no período do segundo semestre do ano de 2018.

Compulsando os processos que tramitaram junto ao 1º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa, foi possível verificar que, dos 15 (quinze) ajuizados no segundo semestre de 2018,

- Apenas 02 (dois) foram propostos pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 02 (dois) processos foram propostos em face do Estado do Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;
- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a realização de exames, a serem custeados por este. Já nos casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.
- Quanto às sentenças, verificou-se que o titular do presente Juizado, entendeu pela suspensão dos processos em que o Ministério Público atuava como representante da parte interessada, com fundamento na decisão monocrática nos recursos especiais n. 1.681.690/SP, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, até ulterior pronunciamento.

Já a Juíza Substituta, julgava procedentes os processos, confirmando a tutela já concedida, ou homologava a desistência da parte ante a satisfação do seu interesse, ou declarava extinto, com fundamento no art. 485, VI, do CPC/2015.

Quanto aos processos que tramitam perante o 2º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, houve a propositura de 12 (doze) processos no segundo semestre de 2018, dos quais,

- Apenas 02 (dois) foram propostos pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 01 (um) processo foi proposto em face do Estado do

Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;

- Houve o indeferimento de uma tutela antecipada de um dos processos propostos em face do Estado do Paraná, com fundamento no entendimento firmado no Recurso Especial Repetitivo n.º 1657156/RJ a respeito do dever do Estado em fornecer medicamentos de alto custo aos pacientes sem condições financeiras,

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a concessão de medicamentos não previstos na lista de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS), nos casos de medicamentos excepcionais, houve a suspensão dos processos.
- Já nos demais casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.
- Quanto às sentenças, verificou-se que o titular do presente Juizado, entendeu pela suspensão dos processos referentes à decisão exarada pelo STJ no REsp n.º 1.657.156/RJ, que afetou a questão ao rito de julgamento dos recursos repetitivos e determinou a suspensão de todos os processos que tenham como objeto a discussão acerca da “obrigatoriedade de fornecimento, pelo Estado, de medicamentos não contemplados na Portaria n. 2.982/2009 do Ministério da Saúde (Programa de Medicamentos Excepcionais)”.

No mais, houve a confirmação da tutela antecipada deferida. Contudo, houve o indeferimento do processo que pretendia o cumprimento provisório das astreintes, vez que o cumprimento provisório será incompatível com o sistema de pagamento aplicado à Fazenda Pública, devendo a parte autora, aguardar a conclusão do processo do conhecimento e, somente após o trânsito em julgado da eventual sentença favorável à parte, proceder a execução das astreintes.

Já os processos em trâmite perante o 3º Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, foram ajuizadas 18 (dezoito) ações no segundo semestre de 2018,

- Apenas 04 (quatro) foram propostas pela parte interessada, sem advogado ou representação do Ministério Público;
- Todas obtiveram a tutela antecipada pretendida, as quais foram devidamente cumpridas pelos entes federados;
- Apenas 03 (três) processos foram propostos em face do Estado do Paraná e do Município de Ponta Grossa/PR, sendo os demais apenas em face do Estado do Paraná;
- O Estado do Paraná apresentou contestação apenas nos casos em que foi requerida a concessão de medicamentos não previstos na lista de fornecimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou que havia medicamentos alternativos.

Já nos demais casos em que houve o requerimento de medicamentos, deixava de apresentar contestação com base na política institucional amparada pelos princípios da economicidade e eficiência administrativa.

- As sentenças confirmaram as tutelas antecipadas anteriormente concedidas.

Diante do exposto, é possível verificar a estabilização das tutelas antecipadas deferidas em tais processos, ante a não apresentação do agravo de instrumento pelo Estado do Paraná e a verificação que tal fato não impediu a análise do caso concreto pelo magistrado.

Além disso, foi possível observar a suspensão dos processos ante a discussão da legitimidade de representação do Ministério Público nas ações de

medicamentos (REsp nº. 1.681.690/SP), e a suspensão dos processos em que há a solicitação de medicamentos excepcionais (REsp nº 1.657.156/RJ).

No mais, verifica-se que há um entendimento firmado pelo Estado do Paraná quanto aos casos em que é necessária a apresentação de contestação, seja nos casos de medicamentos excepcionais ou quando há alternativas ofertadas pelo SUS.

Já em relação ao entendimento firmado nos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, estes acompanham os entendimentos firmados pelos Tribunais Superiores e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

CONCLUSÃO

Conforme o estudo e o trabalho realizados, buscou-se esmiuçar algumas das peculiaridades envolvendo os direitos fundamentais e o direito fundamental à saúde, restringindo-se ao fornecimento de medicamentos pelo Estado com base no disposto na Constituição Federal de 1988. A partir disso, analisou-se a atuação do poder judiciário na promoção do direito à saúde, permitindo a reflexão quanto os parâmetros utilizados nas decisões que buscam salvaguardar tal direito, ressaltando os principais pontos. Nesse sentido, buscou-se analisar os precedentes firmados pelos Tribunais Superiores, bem como o Tribunal de Justiça do Paraná, analisando, por fim os processos que tramitam junto aos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR. A partir de tal análise, foi possível concluir pela característica garantista da atuação do Poder Judiciário, o qual aplica de forma contundente as previsões constitucionais, responsabilizando de maneira solidária os entes quanto ao fornecimento de medicamentos. No mais, ainda há teses a serem pacificadas em sede dos Tribunais, como o caso das ações de medicamentos que buscam o fornecimento de medicamentos de alto custo, a legitimidade ativa do Ministério Público em tais ações, entre outras. Ademais, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná acompanha o entendimento fixado em sede dos Tribunais Superiores, bem como os Juizados Especiais da Fazenda Pública da Comarca de Ponta Grossa/PR, com algumas diferenças entre juízos. Por fim, quanto à tutela de urgência antecipada nas ações de medicamentos, é possível a necessidade de se preencher os requisitos do art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, para concessão desta. Contudo, verifica-se a relativização da exigência da irreversibilidade da tutela em face da proteção do direito à saúde, bem como a resignação do Estado ou demais entes federativos em relação tais ações, interpondo recursos, seja o agravo de instrumento, raramente, o que faz com que haja estabilidade de tais decisões,

influenciando assim na sentença final. Ademais, cumpre ressaltar que o presente trabalho não tem o intuito de esgotar o presente tema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BORGES, D. C. L.; UGÁ, M. A. D. As Ações Individuais para o Fornecimento de Medicamentos no Âmbito do SUS: Características dos Conflitos e Limites para a Atuação Judicial. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n.1, p. 13-38, mar/jul. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13144>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJ 24-11-2000 PP-00101

EMENT VOL-02013-07 PP-01409. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1...base=baseAcordao>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RE 657718 RG, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno – meio eletrônico, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-051 DIVULG 09-03-2012 PUBLIC 12-03-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp?classe=RE&numero=657718&origem=AP>>. Acesso em 26 ago. 2019.

RE 855178 RG, Relator: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno – meio eletrônico, julgado em 17/11/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO, DJe-050 DIVULG 13-03-2015

PUBLIC 16-03-2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+855178%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR%2E+ADJ2+855178%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/q6u8o mz>>. Acesso em 26 ago. 2019.

. **REsp 1657156/RJ**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 04/05/2018 IP VOL 111 p. 317. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1657156&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **EDcl no REsp 1657156/RJ**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 21/09/2018 RSTJ vol. 252 p. 58. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EDRE SP%27.clas.+e+@num=%271657156%27\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EDRE SP%27.clas.+e+@num=%271657156%27)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **REsp 1474665 / RS**, Relator(a): Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Seção, julgado em 26/04/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe 22/06/2017

IP vol. 104 p. 247. Disponível em:

<<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=%22RECURSOS+REPETITIVOS%22&processo=1474665&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **RG**, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Plenário Virtual. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=2582069>>. Acesso em 26 ago. 2019.

_____. **AgrI 0043235-69.2018.8.16.0000**, Relator (a): Des. ASTRID MARANHÃO DE CARVALHO RUTHES, 4ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 10/07/2019, Data de Publicação: 10/07/2019. Disponível em:

<<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007663982/Decis%C3%A3o%20mo nocr%C3%A1tica-0043235-69.2018.8.16.0000>>. Acesso em 26 ago. 2019.

CANOTILHO, J. J. G.; et al. (coords.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Enunciados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em:

<<https://www.tjpr.jus.br/enunciados>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

FOGAÇA, V. H. B. **O diálogo social no Supremo Tribunal Federal e a efetivação do direito à saúde via poder judiciário**: vozes da audiência pública. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado em Sociedade, Direito e Cidadania). Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2014. Disponível em: <<http://tede2.uepg.br/jspui/handle/prefix/209>>. Acesso em: 04 de jul.2017.

LIEBL, H.; GARCIA, D. S. S. A Relativização Do Requisito Da Irreversibilidade Da Tutela Antecipada Para Proteger A Dignidade Da Pessoa Humana E Os Direitos Fundamentais. **Anais do Congresso Catarinense de Direito Processual Civil**. Itajaí, p. 76-95, ago./set. 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/accdp/article/view/10177>>. Acesso em: 26 de ago. 2019.

MARINONI, L. G. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência** – Soluções Processuais Diante do Tempo da Justiça. 1 ed. e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS, N. L. de. **Fórum de normalização, padronização, estilo e revisão do texto científico**: perguntas, respostas, discussões e questionamentos sobre ABNT, teses, dissertações, monografias, livros, artigos científicos. Edição comemorativa da Editora Fórum para o Dia dos Bibliotecários. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIVETTA, S. L. **Direito fundamental à saúde**: Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de DIREITO PROCESSUAL CIVIL**. 56. ed. 1 vol. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA., 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 177, pp.29-49, jul./set. 1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em 26 de ago. 2019.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html)>. Acesso em: 25 de ago. 2019.

SILVA, A.C.; FERREIRA, J. ALMEIDA FILHO, N. **O que é saúde?** Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832013000400022>. Acesso em: 03 de ago. de 2019.

SILVA, J. F. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, L. P. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. 2011. 29 f. Monografia (Pós-Graduação) – Departamento de Direito Público, Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf>. Acesso em: 04 de ago. 2018.

A APLICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE NO HOMICÍDIO DE TRÂNSITO

DIEGO PATRICK BRELAZ LOPES:
Acadêmico do Curso Superior de Direito do
Centro de ensino Luterano de Manaus –
CEULM/ULBRA.

RESUMO: A Lei Federal de Nº 13.546/17, representa mais uma reforma nas engrenagens do Código de Trânsito Brasileiro, com a aspiração de equilibrar as disposições afetas aos crimes praticados na direção de veículos automotores e, assim, reduzir o elevado número de mortes no sistema viário nacional. Trata-se, no entanto, de um disposto cercado de polêmicas e controvérsias na sociedade em geral, já que a linha entre a culpa consciente e o dolo eventual nos delitos cometidos no trânsito costuma ser bastante tênue, por isso é imprescindível o estudo do dolo, suas espécies e elementos, para a compreensão e diferenciação dos institutos. Sendo assim, o presente artigo tencionou estabelecer uma revisão acerca dos crimes de homicídio de trânsito ocasionado por condutor embriagado, previsto no artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo por objetivo descrever as diversas interpretações do fato, com ênfase na conduta da conduta normativa (culposo) e volitiva (dolo eventual), nos moldes da doutrina e da jurisprudência. Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica e análise documental, de cunho explicativo, através da apreciação da legislação vigente, doutrinas e jurisprudências. A pesquisa revelou que a aplicação da culpa consciente é mais comum que o dolo eventual, pois além das dificuldades de caracterizá-lo na dúvida, o direito deve ficar em favor do réu, pois para haver justiça não pode haver vingança, inferindo que a principal característica da culpa consciente está no fato de o agente causador do acidente ter agido com negligência, imprudência ou imperícia, mas não ter assumido a casualidade de promover o dano.

Palavras-chave: Dolo Eventual. Culpa Consciente. Homicídio de Trânsito.

ABSTRACT: Federal Law No. 13,546 / 17 represents yet another reform in the gears of the Brazilian Traffic Code, with the aspiration to balance the provisions related to crimes committed in the direction of motor vehicles and, thus, reduce the high number of deaths in the road system national. It is, however, a disposition surrounded by controversies and controversies in society in general, due to the doubts raised regarding the differentiation between Eventual Dolo and Consciente Guilt and consequent practical and legal typification. Therefore, this article intended to establish a review of the crimes of traffic homicide caused by drunk drivers, provided for in article 302 of the Brazilian Traffic Code, with the objective of describing the different interpretations of the fact, with emphasis on the conduct of normative

conduct (guilty) and volitional (intentional deception), along the lines of doctrine and jurisprudence. For that, we used bibliographic review and documentary analysis, of an explanatory nature, through the assessment of the current legislation, doctrines and jurisprudence. The research revealed that the application of conscious guilt is more common than the eventual deceit, because in addition to the difficulties of characterizing him in doubt, the law must be in favor of the defendant, because to have justice there can be no revenge, inferring that the main characteristic of conscious guilt is the fact that the agent causing the accident acted with negligence, recklessness or malpractice, but did not assume the risk of causing the damage.

KEYWORDS: Eventual Dolo. Conscious Guilt. Traffic Homicide.

Introdução

Há alguns anos, a aplicação jurídica dos institutos da culpa consciente em detrimento do dolo eventual, nos crimes de trânsito, vem sendo considerada tema altamente controvertido na dogmática jurídica, em razão da linha tênue que separa os dois institutos, não sendo raras as ocasiões em que foram proferidos entendimentos diferentes para casos concretos semelhantes, por conta dos julgadores.

Nesse sentido, podem ser encontrados pareceres onde entendeu o julgador pela aplicabilidade do dolo eventual, automaticamente, àqueles casos em que o agente causador do sinistro, alcoolizado ou equivalente, enquanto que outros sentenças proferidas demonstraram o entendimento de que, mesmo o indivíduo estando sob efeito do álcool, ninguém “sai de casa para matar outrem”, ou seja, este sujeito não teria dolo direto, tampouco eventual, sendo, sua conduta, considerada, consequência da quebra de um dever de cuidado, derivada da imprudência.

Todavia, apesar de o Código de Trânsito ter sofrido modificações recentes, pela Lei Nº 13.546/17, tal controvérsia não foi sanada de modo definitivo, culminando em uma sucessão de discussões e interpretações distorcidas acerca da banalização da aplicação do instituto do dolo eventual em detrimento da culpa consciente para os delitos de trânsito cometidos por motoristas embriagados com vítimas fatais ou feridas.

Diante do presente exposto, este estudo pretendeu analisar a tipificação do crime de trânsito originado por condutor veicular sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa aliada, ou não, à participação em via pública, de competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, resultante em acidente de trânsito com vítima fatal, sob a ótica da legislação vigente, no intuito de que, enfim, seja compreendido o equívoco na cognição do binômio morte e embriaguez

como uma operação simplista e a técnica a ensinar a imputação autômata do dolo eventual.

Para tanto, se utilizou, além da análise das disposições trazidas pela mais recente lei concernente à temática, no caso, Lei Nº 13.546/2017, também, serão consideradas as disposições originais contidas no Código de Trânsito Brasileiro, instituído pela Lei Nº 9.503/97, juntamente com a análise das demais alterações legislativas posteriores referentes ao crime de embriaguez ao volante, tendo por exemplo, a chamada “Lei Seca”, de 1998, a Lei Nº 12.706/12, a Lei Nº 13.546/17, além das definições existentes no Código Penal.

Destarte, a pesquisa teve por base o modo explicativo, identificando os fatores que determinam e contribuem para a ocorrência dos crimes de trânsito, analisando o “por que” da aplicação dos institutos em estudo através também, da pesquisa qualitativa, identificando através das bibliografias, doutrinas, legislação e jurisprudências. Através desse tipo de pesquisa, é possível a observância da realidade do caso concreto e o agente delitivo, evidenciando que o determinado sujeito, em um mesmo caso, poderá ser julgado com posicionamentos diferentes em relação a outros julgadores.

2 O dolo eventual e culpa consciente no homicídio de trânsito

2.1 A accidentalidade de trânsito no Brasil

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em sua norma NBR 10.697, legitima que o acidente de trânsito (AT) é um evento não intencional que resulta em prejuízo a um veículo ou carga e/ou danos físicos em indivíduos e/ou animais. Pelo menos um dos envolvidos deve estar em circulação em via terrestre (ABNT, 1989).

O Ministério da Saúde classifica acidentes de trânsito como evento de causas externas que podem ser evitáveis e que não são intencionais, sendo um fenômeno multifatorial e que gera consequências variadas. Além de enternecer socialmente devido muitos dos desfechos graves e trágicos, os AT geram impactos econômicos, principalmente, no sistema de saúde (BRASIL, 2017; OMS, 2015).

De forma mais atual, a Política Nacional de Redução da Mortalidade por Acidentes e Violência define que acidentes de trânsito são eventos não premeditados que podem ser evitados, mas que, caso não o sejam, podem gerar consequências físicas e emocionais (BRASIL, 2017).

Os acidentes de trânsito representam um dos principais problemas de saúde pública, em decorrência de sua elevada taxa de morbimortalidade e repercussão

social, conforme demonstrado pelo Relatório da Organização Mundial de Saúde, de 2015, (OMS, 2015), relatando que, aproximadamente, 1,2 milhão de pessoas morrem anualmente no trânsito, em termos globais, com o Brasil recebendo destaque especial, por consequência de suas extensas dimensões territoriais, por ter uma economia com expressiva participação do transporte terrestre, além de apresentar uma contribuição significativa de mais de 36 mil mortes/ano.

Nesse sentido, o Brasil é o 5º país no mundo em número de mortes em acidentes de trânsito, atrás somente de Índia, China, EUA e Rússia e seguido por Irã, México, Indonésia, África do Sul e Egito. Segundo dados divulgados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Brasileiro, os acidentes de trânsito constituem um dos maiores desafios para a saúde pública brasileira, gerando gastos exorbitantes para o Sistema Único de Saúde e para o Seguro DPVAT, todos os anos (SENADO FEDERAL, 2012).

Somente no ano de 2015 foram pagos somente de seguro obrigatório 42.500 indenizações por morte no país e 515.750 pessoas receberam amparo por invalidez. Em 2016, com 37.306 óbitos e mais duzentos mil feridos, os acidentes de trânsito se constituíram como a oitava causa de morte mais frequente, a frente de alguns tipos de câncer (de pulmão por exemplo) e problemas relacionados ao álcool (SENADO FEDERAL, 2012).

Segundo o Conselho Federal de Medicina – CFM (2019), no Brasil, a cada 60 minutos, em média, pelo menos cinco pessoas morrem vítimas de acidente de trânsito, com mais de 1,6 milhão de feridos nos últimos dez anos, ao custo direto de quase R\$ 3 bilhões para o Sistema Único de Saúde (SUS). Para o CFM, a cada hora, em média, cerca de 20 pessoas dão entrada em um hospital da rede pública de saúde com ferimento grave decorrente de acidente de transporte terrestre.

Dentro desse contexto, a embriaguez ao volante é tida como um dos grandes vilões, sendo um dos maiores causadores de óbitos, em território nacional, mesmo tendo a famosa “lei seca” no Código de Trânsito Brasileiro.

Segundo o Portal Globo G1, em 2020, houve um aumento de 64%, em relação com 2019, de pessoas dirigindo embriagadas, comprovando que, mesmo existindo uma punição para quem desobedece às normas de segurança no trânsito, continuam crescendo os índices, e levando a óbitos familiares inocentes que, por um infortúnio acaso, cruzam o caminho de quem dirige embriagado.

Ciente da grave situação do trânsito brasileiro, o legislador pátrio, por diversas vezes, tem editado leis, buscando enrijecer as punições relacionadas, especialmente no tocante à condução de veículos automotores após o uso de álcool ou de

quaisquer outras substâncias que alterem o discernimento psicomotor do condutor, na tentativa de reduzir os alarmantes índices de óbitos por embriaguez ao volante.

2.1.1 O Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro, foi criado em 1997, por meio da Lei N.º 9.503, como uma tentativa de resposta aos elevados números de acidentes de trânsito e o clamor social, levando em consideração que o Brasil ocupava primeiro lugar no ranking mundial de acidentes de trânsito, à época (ALMEIDA, 2017, p. 179).

O tratamento especial que é trazido pelo Código de Trânsito ao delito de homicídio, também é apontado por Pedro Lenza:

A divulgação de estatísticas que reconheceram o Brasil como recordista mundial em mortes no trânsito fez com que o legislador, ao aprovar referido Código de Trânsito, nele introduzisse crimes especiais de homicídio e lesão culposa na direção de veículo automotor, mais gravemente apenados (LENZA, 2016, p. 181).

Percebe-se, assim, a necessidade de tratamento especial atribuível ao delito de homicídio na direção de veículo automotor ante ao elevado número de mortes no trânsito.

No entanto, mesmo sendo instituído com vista à redução dos acidentes de trânsito e do número de mortes, inicialmente, o CTB era uma lei de difícil aplicação e com alguns equívocos, especialmente, na parte penal. Por exemplo, a lesão corporal culposa (praticada sem intenção) na direção de veículo é punida com exatamente o dobro da pena atribuída à lesão corporal dolosa (quando há intenção do agente de perfazer o dano) (ALMEIDA, 2017, p. 180).

Desse modo, os reiterados números mortes no trânsito, sobretudo, associado ao uso de bebidas alcoólicas, continuaram em índices elevados, passados dez anos de sua vigência, exigindo, por conseguinte, que o mesmo Código de Trânsito Brasileiro passasse por modificação, o que ocorreu, primeiramente, por meio das Leis N.º 11.705/08 e N.º 12.760, conhecidas, popularmente, como Leis Secas.

Desde que o presente Código de Trânsito Brasileiro entrou em vigor, em 1998, seis foram as Leis que alteraram os preceitos normativos relativos à “embriaguez ao volante”, a saber, em ordem cronológica: 1) a Lei N.º 11.275/06, 2) a Lei N.º 11.705/08 (conhecida popularmente como “Lei Seca”), 3) a Lei N.º 12.760/12 (denominada de “Nova Lei Seca”), 4) a Lei N.º 12.971/14, que inseriu a característica “pseudoqualificadora” pela embriaguez no homicídio culposo de trânsito no

parágrafo 2º do artigo 302, com idêntica quantidade de pena da modalidade simples, 5) a Lei Nº 13.281/16, que revogou a Lei Nº 12.971/14; e, finalmente, 6) a Lei Nº 13.546/17.

Inicialmente, o CTB, ao incluir matéria de cunho penal em seu Capítulo XIX, inovou o tratamento dos crimes cometidos na condução de veículos automotores (os quais, anteriormente, eram regrados pelo Código Penal, como qualquer outro), tratando, todavia, do homicídio e da lesão corporal apenas quando praticados de maneira culposa, por erro “não proposital” do sujeito (artigos 302 e 303).

Assim, a Lei Nº 9.503/1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, prevê em seu capítulo XIX, Seção II, os crimes de trânsito em espécie, dentre eles o homicídio culposo (art. 302), trazendo a seguinte redação: “praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor”, cuja pena é de reclusão, de dois a quatro anos e, ainda, suspensão ou proibição de se obter permissão ou habilitação para se dirigir veículos automotores (BRASIL, 1997).

O referido artigo previa, ainda, no § 2º, a tipificação de homicídio culposo qualificado se o condutor está na direção de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de forma não autorizada pela entidade competente, com penalidade de dois a quatro anos de reclusão.

No entanto, com a sanção da Lei Nº 13.546/17, foi acrescentado o §3º, ao artigo 302 do CTB, prevendo que os motoristas que conduzirem veículos embriagados, ou sob o efeito de quaisquer substâncias psicoativas, tais como cocaína, LSD ou qualquer medicamento, ou produto que altere a capacidade psicomotora, e se envolver em acidente de trânsito com resultado morte, a penalidade adotada poderá ir de 5 (cinco) a 8 (oito) anos de reclusão (BRASIL, 2017).

2.2 Dos crimes de trânsito: considerações iniciais

Para uma compreensão melhor do tema, torna-se fundamental a definição acerca dos termos homicídio e acidente de trânsito. Homicídio é a morte de um ser humano provocada por outro ser humano. a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra.

O homicídio é o crime por excelência, enquanto que o acidente de trânsito pode ser conceituado como todo acontecimento desastroso, causal ou não, tendo como consequências danos físicos ou materiais, envolvendo veículos, pessoas e ou animais nas vias públicas (CALLEGARO, 2012, p. 30)

Já o Departamento Nacional de Trânsito - Denatran (2011), conceitua acidente de trânsito como evento não intencional, imprevisível, onde há, pelo menos, um veículo envolvido, motorizado ou não, em via pública, de sorte que, embora não intencional, o acidente de trânsito, é passível de certa pericubilidade, pelo infrator, como por exemplo, em hipótese de avanço de sinal vermelho, dirigir ao celular, ou principalmente, se um motorista conduzir o veículo estando embriagado, colocando a sua vida e a dos outros em risco.

Guilherme de Souza Nucci assim define crimes de trânsito:

É a denominação dada aos delitos cometidos na direção de veículos automotores, desde que sejam de perigo – abstrato ou concreto – bem como de dano, desde que o elemento subjetivo constitua culpa. Não se admite a nomenclatura de crime de trânsito para o crime de dano, cometido com dolo. Portanto, aquele que utiliza seu veículo para, propositadamente, atropelar e matar seu inimigo comete homicídio – e não simples crime de trânsito. (NUCCI, 2014, p. 826).

Percebe-se, deste modo, que, se há possibilidade óbvia caracterizada, esta pode ser evitada, portanto, a morte no trânsito praticada por um infrator, por vezes não é acidente e sim crime, o homicídio, conduta expressamente contrária às previsões legais contidas no CTB, assim como em suas leis complementares vigentes.

Ademais, importa ressaltar a diferença entre crimes de trânsito e crimes no trânsito, o segundo se trata de um crime que não tem previsão legal especificada no Código de Trânsito Brasileiro que foi cometido tendo o trânsito como um mero ambiente, não podendo creditar, exclusivamente, ao ato de se transitar, a origem do ato delituoso.

Isso significa que não há conexão alguma ao fato de aquele que comete o delito ser condutor de veículo automotor. Portanto, não deve se confundir com as modalidades de crimes de trânsito, cujos quais têm sua materialidade através dos instrumentos e participes do trânsito, ou seja, determinado crime de trânsito não teria a probabilidade de acontecer se não estiver único e exclusivamente no trânsito.

2.3 Dolo eventual e culpa consciente no homicídio de trânsito

Os limites fronteiraços permeando o dolo eventual e a culpa inconsciente constitui uma das dificuldades mais emblemáticas da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a antecipação prognóstica do resultado proibido, porém, no dolo eventual, o agente anui ao advento desse resultado, internalizando o ameaça de produzi-lo, em vez renunciar a ação, na culpa consciente, por outro lado, repele a

hipótese de superveniência do resultado, na convicção de que tal fato não ocorrerá (BITENCOURT, 2018, p. 341).

Na concepção de Silva (2017), para iniciar a diferenciação entre os institutos mencionados anteriormente, é necessário fazer as considerações de que no dolo eventual, assim como no dolo direto, detêm duas características essenciais que são: a vontade (elemento volitivo), consistindo no ânimo do sujeito em realizar o ato delitivo, e a consciência (elemento cognitivo), que diz respeito ao conhecimento que o indivíduo tem de que a sua prática é uma conduta criminosa.

Todavia, cabe destacar que, no dolo eventual, o desejo não é tão acentuado quanto no dolo direto, pois o sujeito apenas concorda com o resultado (assume o risco). Em contrapartida, na culpa consciente, diferentemente do dolo indireto, o contraventor não almeja o resultado, embora tenha previsto, ele acredita que suas habilidades são suficientes para a não ocorrência do delito, no entanto acaba agindo com negligência, imprudência ou imperícia e a consequência delitiva acontece.

Existem algumas teorias sobre a culpabilidade, que de acordo com Damásio Jesus (2019), ajudam a entender melhor os dois institutos, como a teoria psicológica da culpabilidade, na qual o dolo e a culpa têm como ponto de partida o interesse psicológico do autor, sendo o seu desejo interior, proporcionando modificações externas nas quais devem ser consideradas crimes. Há críticas à teoria no que diz respeito à culpa, porque, nela, o agente motivador, não almeja o resultado em questão, excluindo-se a culpabilidade, por conseguinte.

Prado (2019) traz em seu livro “Tratado de Direito Penal Brasileiro” a teoria do sentimento ou da indiferença, na qual o distanciamento entre dolo eventual e a culpa consciente está em volta da desconsideração/indiferença, considerando a presença do dolo eventual quando o agente é indiferente à produção do fato típico, de modo que o sujeito que procede com o aludido comportamento precisa ter a intenção (uma vontade canalizada, dirigida para um resultado) de realizar o tipo proibido.

Igualmente, é necessário existir uma ação ou omissão, de modo que a conduta deve ser produtora de um resultado, ou seja, a ação é ligada ao resultado através do nexos causal, também denominado de nexos de causalidade. Essa parte que contém o comportamento humano, o nexos causal e o seu resultado formarão o chamado tipo objetivo.

Assim, o tipo objetivo é formado pelo verbo (núcleo) acrescido de elementos secundários (sujeitos ativo e passivo; objeto da ação; bem jurídico; resultado; nexos causal entre conduta e resultado; circunstâncias de tempo, lugar, meio, modo de execução) (PRADO, 2019).

De outra monta existe a parte subjetiva do tipo, caracterizada pelo dolo. O tipo subjetivo compreende determinadas representações anímicas, psicológicas ou psíquicas do sujeito ativo presentes no momento em que realiza a conduta típica.

Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa inconsciente constitui um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito, sendo de suma importância identificar os elementos caracterizadores de cada um, com vistas à constatação da atitude subjetiva ou disposição de ânimo do autor em face da representação do fato.

2.3.1 Do dolo

Age com dolo direto o indivíduo que intenta obter o resultado lesivo de sua conduta, “sem considerar os resultados necessários” (MARTINELLI; DE BEM, 2018, p. 464), i.e., a referida espécie de dolo revela uma “pretensão de realização do resultado típico que resulta explicitada nas circunstâncias em que se desenvolve a conduta e que é capaz de identificar um intenso compromisso para com a produção do resultado” (BUSATO, 2015, p. 419).

Nucci (2011, p. 204) apresenta três características do dolo, todas necessárias para sua ocorrência: a) abrangência, pois o dolo deve envolver todos os elementos objetivos do tipo; b) atualidade, pois o dolo deve estar presente na materialização do ato, não podendo ser apenas anterior ou ulterior; c) possibilidade de influenciar o resultado, pois é indispensável que a vontade do agente consiga produzir o fato típico.

Na lição de Greco, citando Welzel, dolo é “toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, pela consciência do que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo” (WELZEL, 1987 apud GRECO, 2016, p. 191).

Na mesma linha, Rogério Greco assevera que a consciência se refere à situação fática na qual se insere o agente, cujo qual deve ter efetiva consciência de suas atitudes, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo (GRECO, 2016, p. 285).

Assim, constata-se que o dolo é formado por dois elementos: consciência (ou momento intelectual) e vontade (ou momento volitivo). Para Damásio Jesus (2019, p. 328), presentes os requisitos da consciência e da vontade, o dolo possui os seguintes elementos: consciência da conduta e do resultado; consciência da relação causal objetiva entre a conduta e o resultado; e vontade de realizar a conduta e produzir o resultado.

Desta forma, observa-se que o elemento intelectual do dolo é representado pelo conhecimento das circunstâncias do fato típico, isto é, a situação fática em que se encontra o agente, não se exigindo o conhecimento potencial ou refletido do fato, e sim, o conhecimento das circunstâncias presentes e futuras do tipo objetivo, de modo que se não houver consciência não se pode falar em dolo.

A vontade é outro elemento que descaracteriza o crime doloso, exemplificando o caso onde um sujeito é coagido fisicamente a atirar contra outra pessoa, sem que exista a vontade de matá-la. Conquanto soubesse que poderia causar a morte daquela pessoa tirando contra ela, não atuou com vontade, devido à coação a que fora submetido. Não houve, pois, conduta dolosa (GRECO, 2016, p. 192).

Na definição esculpida no art. 18, I, do Código Penal, tem-se crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Para definir dolo, o códex adotou as teorias da vontade e do assentimento. Para Capez, a primeira encarrega-se de conceituar dolo como “a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado”; a última, “o assentimento do resultado, isto é, a previsão do resultado com a aceitação dos riscos de produzi-lo” (CAPEZ, 2015, p. 225).

Ainda em conformidade com as palavras do nobre doutrinador, o dolo consiste na vontade e na consciência manifestada pelas pessoas humanas de realizar a conduta (CAPEZ, 2015, p. 218). Desse modo, percebe-se que o dolo em linhas gerais, ocorre quando o agente volitivamente lesiona o bem jurídico tutelado buscando um resultado.

O Código Penal Brasileiro define o dolo de maneira expressamente em seu art.18 “Diz-se o crime: I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, em geral, outras legislações como, por exemplo, o Código Penal Francês (art.121-3), Código Penal Espanhol (art.5), não dispõe de uma definição de dolo.

Isso significa que, para o Código Penal Brasileiro, ocorre o dolo quando o agente delitivo, diretamente quer a produção do resultado, e também aquele que mesmo não o desejando diretamente, assume o risco de produzi-lo, de modo que o autor deve aceitar o resultado derivado da sua ação. Desse modo, para se falar em dolo, é preciso que autor tenha calculado a ação do delito e a consequência danosa como resultado, de acordo com o doutrinador Eugenio Raúl Zaffaroni, não existindo essa previsão, não se pode caracterizar como dolo. (ZAFFARONI. 2013, p. 437)

Em contrapartida, considerando que dolo é a vontade livre e consciente de praticar algum delito, porém, o erro de tipo, pode ocorrer por uma falsa percepção da realidade, como nos explica Rogério Greco:

No erro de tipo o autor imagina uma situação diversa da que realmente existe, como no exemplo do caçador, afastando então a concepção do Dolo, “é o fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade objetiva,

falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo.” (GRECO; apud ZAFFARONI. p. 411).

Sendo assim, o afastamento do dolo é pautado na ausência de consciência e de vontade livre daquele que supostamente comete o crime com erro de tipo, não sendo devido, portanto, caracterizar o dolo se houve um erro de tipo em determinada conduta.

2.3.1.1 Espécies de Dolo

Na concepção de Greco (2016, p. 187) “costuma-se distinguir o dolo em direto e indireto”, o primeiro classificado em primeiro e segundo grau e o segundo, em alternativo ou eventual, onde dolo direto é aquele em que o agente efetivamente quer praticar uma conduta típica para obter um resultado, ou seja, incorre na primeira parte do inciso I, artigo 18, do Código Penal.

Quando ao dolo direto Rogerio Greco, estabelece que, este, em relação ao fim proposto e aos meios escolhidos é classificado como de primeiro grau, e em relação aos efeitos colaterais, representados como necessários, é classificado como de segundo grau (GRECO, 2011, p. 187).

Comumente, diz-se de primeiro grau, pois a conduta do agente é voltada a um determinado resultado, abrangendo meios para tanto e de segundo grau, pois a conduta do agente é voltada a um resultado efetivamente desejado, mas a utilização dos meios para alcançá-lo resultam efeitos colaterais que acabam atingindo terceiros. Em contrapartida, o dolo indireto é aquele em que a vontade do agente é dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade da ocorrência de um resultado não desejado, o agente praticando a conduta, admitindo a ocorrência de resultado diverso do pretendido (segunda parte do inciso I, artigo 18, do CP).

O dolo indireto ou indeterminado por seu turno caracteriza-se quando o agente, através de sua conduta, não busca resultado certo nem determinado. Saliente-se que o dolo indireto é gênero, e uma de suas espécies é o famigerado dolo eventual. O dolo eventual está previsto no art. 18, I, in fine, do Código Penal, *in verbis*: “Diz-se o crime doloso: I – doloso, quando o agente [...] assumiu o risco de produzi-lo” (BRASIL, 1940).

Logo, o artigo mencionado restou por cuidar tanto do dolo direto quanto do dolo eventual, porém, o que os diferencia, conforme ensinamentos de Bitencourt (2018, p. 530) é que “no dolo eventual o agente prevê o resultado como provável ou, ao menos, como possível, mas, apesar de prevê-lo, age aceitando o risco de produzi-lo, por considerar mais importante sua ação que o resultado”.

Entendido o significado de dolo direto, cabe lembrarmos o conceito de dolo eventual (segunda parte do art. 18, I do Código Penal). Existe dolo eventual quando “o agente tem consciência do risco criado por seu comportamento, considerada seriamente a realização do tipo e se conforma com o resultado lesivo. O agente sabe da ofensividade da sua conduta e mostra-se indiferente à ocorrência do evento lesivo”.

Nas palavras de Cunha:

Quando o agente assim se posiciona, revela indiferença ao resultado possível, razão pela qual é responsabilizado por dolo. O dolo eventual é aplicável a todos os crimes compatíveis com a assunção do risco de causar o resultado criminoso, ou seja, aqueles em que o tipo penal não imponha o dolo direto [...] (CUNHA, 2017, p.215).

Percebe-se, logo, pelo acima exposto, que o agente não tem vontade consciente de alcançar o resultado mais grave, mas mesmo tendo previsão daquele resultado continua em seu intento criminoso, assumindo o risco de produzi-lo.

O agente não quer o resultado, mas assume o risco de produzi-lo. O que precisa existir para a configuração do dolo eventual não é apenas a assunção do risco, mas, obrigatoriamente, a indiferença quanto ao resultado possível de sua conduta arriscada. É preciso prever o resultado e agir indiferente a ele.

Destarte, infere-se que, diferentemente da culpa consciente (ou culpa com previsão), no dolo eventual, o agente, ainda que só eventualmente, entendendo as probabilidades de se acalcar determinado resultado, isto é, aceita a sua produção; enquanto que na culpa consciente, porém, há mera previsão, sem que, com isso, se aceite o resultado.

2.3.2 Da culpa

O artigo 18, II, do Código Penal Brasileiro conceitua crime culposos como sendo aquele em que ocorre quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia (BRASIL, 1940).

O refreio disposto pugna o reconhecimento da Culpa quando presentes a imprudência, a negligência ou a imperícia na ação do autor. A conduta do autor foi voluntária, mas o resultado alcançado não era pretendido, tendo ocorrido por sua imprudência, negligência ou imperícia, porque deixou de tomar um cuidado objetivo, que lhe era exigível em face das circunstâncias

Portanto, homicídio culposo pode ser entendido como um crime material, de dano, de conduta e resultado, no qual o objeto jurídico tutelado, além da vida humana, é a segurança no trânsito.

O Código de trânsito Brasileiro prevê em seu artigo 302 a responsabilidade culposa ao homicídio praticados na direção de veículo automotor, aplicando pena de detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor: Penas: detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente: I – não possuir permissão para dirigir ou carteira de habilitação; II – praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; IV – no exercício de sua profissão ou atividade estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (BRASIL, 1997).

O tipificado nesse artigo traz consigo críticas no sentido da inobservância ao princípio da igualdade, tendo em vista que a pena aplicada no CTB é superior a pena cominada ao homicídio culposo no Código Penal Brasileiro em seu artigo 121, § 3º, em que se tem pena de detenção, de um a três anos. Para tanto sustentam determinados teóricos pela inconstitucionalidade do artigo 302, pois este ofenderia ao princípio da isonomia já que se trata de um mesmo resultado, homicídio culposo, com penas diferentes.

Um conceito mais completo de culpa encontra-se no Código Penal Militar, em seu Art. 33: Art. 33 - Diz-se o crime: (...) II – culposo, quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo. (BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar).

O Homicídio Culposo traz outro ponto de debate no que diz respeito a expressão “matar” utilizada no artigo 302 do CTB, defende Damásio Evangelista Jesus que termo correto seria “praticar” (JESUS, 2019).

A culpa “é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ter sido evitado”. (NUCCI, 2014, p. 187).

Assim, a culpa se forma através de uma conduta que pode ser comissiva, que uma ação ou omissiva, uma omissão. Essa conduta de conter uma inobservância de um dever de cuidado, conforme nos leciona Rogério Greco:

A conduta humana que interessa ao Direito Penal só pode ocorrer de duas formas: ou o agente atua dolosamente, querendo ou assumindo o risco de produzir o resultado, ou culposamente, dá causa a esse mesmo resultado, agindo com imprudência, imperícia ou negligência. Dessa forma, somente podemos falar em conduta dolosa ou culposa. (GRECO, 2016, p. 299)

Verifica-se, portanto, que o agente repele, embora inconscientemente, a hipótese de superveniência do resultado e empreende a ação na esperança ou persuasão de que este não ocorrerá, pois assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente ocorrer.

2.3.2.1 Tipos de culpa

Nucci (2011, p. 243) conceitua as espécies de culpa da seguinte maneira:

Imprudência é a forma ativa de culpa, significando um comportamento sem cautela, realizado com precipitação ou com insensatez. Negligência é a forma passiva de culpa, ou seja, assumir uma atitude passiva, inerte material e psicologicamente, por descuido ou desatenção, justamente quando o dever de cuidado objetivo determina de modo contrário. Imperícia é a imprudência no campo técnico, pressupondo uma arte, um ofício ou uma profissão. Consiste na incapacidade, inaptidão, insuficiência ou falta de conhecimento necessário para o exercício de determinado mister.

A culpa consciente, portanto, se dá quando o agente até pode prever o resultado de sua conduta, mas acredita verdadeiramente que será capaz de evitá-lo. Além disso, Nucci (2011) ensina que a culpa possui os seguintes elementos: a conduta humana voluntária, omissiva ou comissiva; a ausência de dever objetivo de

cuidado que ocorre quando o agente deixa de seguir regras básicas e gerais de cautela; o resultado lesivo não desejado ou previsto.

Neste caso, é imprescindível que o agente não tenha buscado o resultado; a previsibilidade, capacidade de qualquer ser humano normal em prever um resultado danoso, pois se a média sociedade não for capaz de prevê-lo afastada estará a culpa; a ausência de previsão ou a previsão de resultado não esperando seu acontecimento, respectivamente, culpa inconsciente e culpa consciente; a tipicidade, haja vista que quando o crime for culposo deve estar previsto em lei e por fim, o nexo causal que é o liame entre a conduta e o resultado através da previsibilidade.

Várias são as espécies de culpa, entretanto para o presente trabalho será necessário tratar somente a culpa consciente, posto que a mesma se relaciona diretamente aos crimes de trânsito decorrentes da condução de veículo automotor por motoristas embriagados, especificamente o de homicídio.

De acordo com Capez (2015, p. 229): "Culpa consciente ou com previsão é aquela em que o agente prevê o resultado, embora não o aceite. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele a afasta, por entender que a evitará e que sua habilidade impedirá o evento lesivo previsto", de modo que o agente tem a previsibilidade do resultado e ainda assim não espera que o mesmo aconteça.

Na culpa consciente, o agente, por ação ou omissão, pratica um ato típico, lesionando um bem jurídico tutelado por não ter observado o dever de cuidado que deveria ter na realização de sua conduta, agindo com negligência, imprudência ou imperícia, o vislumbre do resultado é feito pelo agente, mas ele acredita fielmente que suas habilidades o impedirão de ocorrer, por isso ele não assume o risco. Por outro lado, no dolo eventual, o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, mas continua a praticar a conduta, não se importando, ele assume o risco.

Ainda sobre esse assunto, Rogério Greco explica que:

Culpa consciente é aquela em que o agente, embora prevendo o resultado, não deixa de praticar a conduta acreditando, sinceramente, que este resultado não venha a ocorrer. O resultado, embora previsto, não é assumido ou aceito pelo agente, que confia na sua não ocorrência. (Greco, 2016, p. 204-205)

A culpa consciente (com previsão ou *ex lascívia*) caracteriza-se, portanto, quando o agente tem previsão de que um resultado pode ser alcançado com a prática da conduta, entretanto, acredita fielmente que com sua habilidade poderá

evitá-lo e, assim, espera que o mesmo não ocorra, conforme, também nos leciona o ilustre Cezar Rodrigues Bitencourt:

Há culpa consciente, também chamada culpa com previsão, quando o agente conhece a perigosidade da sua conduta, representa a produção do resultado típico como possível (previsibilidade), mas age deixando de observar a diligência a que estava obrigado, porque confia convictamente que ele não ocorrerá. (BITENCOURT, 2018, p. 559-560)

Por outro lado, a culpa inconsciente (sem previsão ou *ex ignorantia*), por seu turno, é o antônimo da culpa consciente. O agente não tem previsão de um resultado que, naquele caso, era previsível. Ainda, ensina Bitencourt:

Na culpa inconsciente, apesar da possibilidade de previsibilidade *ex ante*, não há a previsão por descuido, desatenção ou simples desinteresse do autor da conduta perigosa. Ou seja, o sujeito atua sem se dar conta de que sua conduta é perigosa, e de que desatende aos cuidados necessários para evitar a produção do resultado típico, por puro desleixo e desatenção (BITENCOURT, 2018, p. 561).

Dessa forma, verifica-se que o limite entre dolo eventual e culpa consciente é que no primeiro está à previsão e à aceitação do resultado, neste caso o agente sabe do risco e do resultado que poderá provocar, não quer que ocorra, mas mesmo assim assume o risco e não deixa de agir. Já no segundo, o agente sabe do resultado que sua conduta poderá gerar, também não quer que ocorra, mas, confiante em sua astúcia não deixa de agir devido ao fato de acreditar que nada ocorrerá.

Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 135) aponta que “o dolo eventual se caracteriza, no nível intelectual, por levar a sério a possível produção do resultado típico e, no nível da atitude emocional, por conformar-se com a eventual produção do resultado”.

O caso da lesão corporal é mais emblemático, por uma falha legislativa: enquanto a lesão dolosa (artigo 129 do CP) pune o autor com pena de detenção, de três meses a um ano, a lesão corporal culposa no trânsito (artigo 303 do CTB) tem pena de seis meses a dois anos; ou seja, o condutor que causa lesão em outra pessoa, durante a condução de veículo automotor, terá uma pena maior se o seu comportamento não foi intencional, do que se restar comprovado a sua decisão anterior de se produzir a mera lesão na vítima (desde que, obviamente, se constate a intenção em somente machucar; pois, dependendo da situação, pode-se concluir pela tentativa de homicídio; e aí, a pena será maior – a mesma pena do crime

consumado, diminuída de um a dois terços, conforme artigo 14, parágrafo único, do CP).

2.5 A embriaguez ao volante como elemento caracterizador do dolo eventual

Esclarecida a diferenciação entre crime doloso e culposo, e a repercussão desta distinção, passemos à análise da “embriaguez ao volante” como fator decisivo para se configurar o homicídio (ou a lesão corporal) como crime doloso, considerando que, com a alteração dada pela Lei da Lei Nº 13.546/17, foi instituída nova disciplina na relação entre os crimes de homicídio e lesão corporal e o crime de embriaguez ao volante, afastando-se a possibilidade de concurso, ao acrescentar, nos artigos 302 e 303, parágrafos que tratam a embriaguez como circunstância qualificadora dos crimes de homicídio e lesão corporal culposos.

O homicídio **culposo** cometido sob a influência de álcool passa a ter pena mínima de cinco anos, ao passo que o homicídio **doloso** do art. 121 do CP tem pena mínima de apenas seis anos. Na lesão corporal a desproporcionalidade é ainda maior, pois, no Código Penal, a lesão **dolosa** de natureza grave tem pena mínima de um ano e a gravíssima é apenada com no mínimo dois anos; na nova disciplina do CTB, a lesão **culposa** grave ou gravíssima cometida sob a influência de álcool é apenada com no mínimo dois anos.

Estas novas penas relacionadas aos crimes de trânsito, dada a relevância da lesão aos bens jurídicos que se busca tutelar, são adequadas, mas, revelam a necessidade de uma análise profunda de determinadas reprimendas cominadas no Código Penal, cujas disposições, em muitos casos, não têm garantido a devida retribuição a condutas de alta gravidade, ante às especificações das leis de trânsito.

Assim, pode-se observar que a principal novidade ocorre nas infrações penais que acarretam morte ou ferimentos por motoristas sob estado de embriaguez, antiga celeuma que acompanha o diploma de trânsito desde a sua entrada em vigor, de modo que no caso de uma pessoa que premeditadamente, ingeriu bebida alcoólica e, sob seu efeito, cometeu algum crime qualificado como sendo de trânsito, entende-se que está presente o dolo, visto que o que se avalia é a liberdade de ação no momento em que se decidiu por aquela conduta.

A doutrina define essa situação como sendo a teoria da “*actio libera in causa*” (ação livre na causa) e a lei penal NÃO isenta, de responsabilidade, o autor pelo ato sob o estado de embriaguez, como podemos constatar pelo artigo 28, inciso II, do CP: “*Não excluem a imputabilidade penal... a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos*”.

Nei Mitidiero (2019), afirma que:

Haverá concurso aparente de normas incriminadoras, atuando o princípio da absorção ou consunção, em face do qual o crime de embriaguez ao volante ressobra absorvido em decorrência da prática conjunta daquele crime de homicídio culposo de trânsito. A embriaguez, entretanto, influirá no cálculo da pena-base. (MITIDIERO, p. 462, 2019).

Isso ocorre porque o crime de embriaguez ao dirigir deixa de ser autônomo e passa a integrar o crime de homicídio culposo no trânsito como qualificadora. Desse modo, é necessário analisar se ao matar alguém no trânsito sob efeito de álcool, o agente estava agindo com dolo eventual ou culpa consciente.

Sendo assim, resta evidente que, para a constatação do crime de homicídio culposo no trânsito é necessária a exibição de prova segura, caso contrário, na dúvida resolve-se em benefício do réu com a improcedência da ação. Dessa forma, para haver a materialidade do delito, torna-se fundamental o exame de corpo de delito e o auto de necropsia, bem como a prova do nexo causal e dos indícios suficientes.

2.6 Jurisprudência

Conforme se tem acompanhado em diversos casos, o dolo eventual tem sido reconhecido nos delitos de homicídio no trânsito, seja porque o agente se embriagou e assumiu a direção do veículo automotor ou porque dirigiu com excesso de velocidade ou, muitas vezes, embriagou-se e dirigiu com excesso de velocidade. o que acabou resultando em um acidente em que veio levar uma pessoa a morte.

Vejamos o posicionamento de nossos tribunais acerca do assunto:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO POR DUAS VEZES NO TRÂNSITO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÕES DIVERSAS DE CRIMES CONTRA A VIDA. Recurso do assistente da acusação pugnando a pronúncia do réu por homicídio com dolo eventual. Indícios de que o réu, em excesso de velocidade, efetuando manobras de ultrapassagem em local proibido e sob a influência de álcool, provocou a morte das vítimas. Inviabilidade da desclassificação diante da dúvida razoável acerca da admissão da produção do resultado morte. Pleito de inclusão da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima. incompatibilidade com o dolo eventual. recurso parcialmente provido para pronunciar o réu e submetê-lo a júri popular nos termos do art. 121, caput, do Código Penal. (TJPR - 1ª C.Criminal - RSE - 1684533-7 - Ipiranga - Rel.: Macedo Pacheco - Unânime - J. 12.04.2018).

O Superior Tribunal de Justiça, por inúmeras vezes, já tem promovido em seus julgados a possibilidade de aplicabilidade do dolo eventual nos sinistros de trânsito envolvendo morte ou lesões corporais quando provado estar o condutor em estado de embriaguez, mediante o seguinte entendimento:

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o dolo eventual não é extraído da “mente do agente”, mas das circunstâncias do fato, de modo que a ocorrência de duas mortes e da lesão corporal, ou seja, a ofensa à integridade física de três vítimas faz parte do resultado assumido pelo agente, que sob a influência de álcool e em alta velocidade, trafegou na contramão de direção. No caso, tais elementos foram bem delineados da denúncia, demonstrando-se a antevisão do acusado a respeito do resultado assumido, sendo capaz, portanto, de justificar a imputação (STJ, HC 301.295/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª T. Dje 13/05/2015)

Nesta senda, o STJ tem demonstrado o entendimento que o dolo eventual está intimamente relacionado às circunstâncias o fato ocorrido, que comprovem a ciência da possibilidade do resultado drástico, justificando, assim, a imputação penal correspondente. Também importante se faz a demonstração do posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando se trata de decisões sobre o dolo eventual e da culpa consciente, em casos de embriaguez ao volante.

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO. TRÂNSITO. DOLO EVENTUAL. INOCORRÊNCIA. CULPA CONSCIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. 1. Para que se conclua se o crime foi praticado com dolo eventual ou culpa consciente é necessário examinar as circunstâncias de cada caso, não sendo possível aplicar fórmulas pré-determinadas. 2. Inexistindo nos autos elementos suficientes para comprovar que o agente, com sua conduta, assumiu o risco de produzir o resultado morte, a desclassificação é medida que se impõe, reconhecendo-se a existência de culpa consciente e não de dolo eventual. (MINAS GERAIS. TJMG.Emb Infring e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da súmula em 03/07/2014).

No acórdão o relator entende que o fato do agente estar embriagado, comprovado mediante teste de bafômetro, não tem o condão, (por si só), de ligar ao dolo, vez que, não existem elementos concretos que indique a execução de uma conduta proposital. Para magistrado a linha divisória para correta aplicação do tipo

encontra-se na vontade de lesar o bem jurídico, há que se ter indícios de que o agente anuiu com o resultado, em homicídios como no presente caso diante da conduta do mesmo, denota imprudência ao dirigir o veículo embriagado confiando estar em condições de dirigir.

Na mesma linha, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) negou Habeas Corpus (HC 155182) no qual a defesa do agente causador do acidente de trânsito que resultou em morte, pedia a desclassificação do crime de dolo eventual para homicídio culposo.

A maioria dos ministros da Turma concluiu que as circunstâncias do fato – embriaguez, alta velocidade e o local do tráfego (região urbana) – afastam qualquer irregularidade da decisão de pronúncia que reconheceu o dolo eventual. No voto condutor da votação, o ministro Alexandre de Moraes salientou que não houve imputação de que o agente quis matar a vítima, mas a informação de que ele não mediu sua conduta ou não a interromperia mediante um resultado previsível.

Sendo assim, o que se conclui, é que a configuração do dolo eventual está relacionada à constatação da conduta preordenada do agente ou em situações onde haja comprovada além da embriaguez outras condutas imprudentes, tais como, racha, excesso de velocidade, contramão, entre outros, evidenciando a assunção do risco de produzir o resultado.

Considerações finais

O CTB foi criado em 1997 com vistas à redução das mortes no trânsito, como resposta aos clamores populares, porém, notadamente, sobre os crimes de trânsito (homicídio e lesão corporal na direção de veículo automotor), é evidente observar o quanto que esse diploma legal passou por alterações nos mais de 20 anos de sua vigência.

Dentre as diversas modificações sofridas pelo referido diploma legal, a mais recente mudança no CTB deu-se com a aprovação da Lei Nº 13.546/2017, elevando a pena para os casos de homicídio culposo na direção de veículo automotor, estando o condutor sob a influência de álcool, passando a pena de cinco a oito anos de reclusão e ainda estabelecendo uma qualificadora no crime de lesão corporal culposa cometi do na direção de veículo automotor.

Todavia, não resta pacificado o entendimento pelo dolo eventual, visto que alguns magistrados entendem pela aplicação do princípio "*in dubio pro reo*", pelo qual deve ser caracterizada a culpa consciente, sendo o réu beneficiado em sua pena, face à existência de muitas teorias que permeiam a normal penal vigente, dificultando, ainda mais, nos casos práticos, por ser a conduta do dolo eventual e

culpa consciente, muito semelhante, ocasionando muitas divergências entre doutrinadores e jurisprudências.

Importa mencionar ainda, que, diante da diferenciação entre culpa consciente e dolo eventual, observou-se que em ambas as situações há previsão do resultado pelo agente, haja vista suas gritantes similaridades, guardadas as devidas proporções. Porém, o que os diferencia é a questão da aceitação ou não do resultado. Não se pode impor ao motorista embriagado uma responsabilização objetiva que o mesmo aceitou o resultado pelo simples fato de dirigir embriagado, sendo o sistema jurídico pátrio é o da culpabilidade. O que ocorre em quase todos os casos, é que o motorista acredita firmemente que com sua habilidade poderia evitar o resultado delituoso.

Assim, analisando-se as mais diferentes responsabilidades aplicadas aos condutores que incidem em resultado danoso devido o consumo de álcool combinado com o volante, vislumbra-se que o nosso sistema jurídico não deixa tais pessoas impunes, mas buscam que sejam responsabilizadas por aquilo que efetivamente praticaram, atribuindo penas distintas de acordo com a manifestação da vontade e da consciência de se dirigir sob o efeito de substâncias psicoativas.

Deve-se, portanto, efetuar uma análise das circunstâncias para identificar se o condutor agiu da forma culposa, sendo de fundamental importância definir se o fato se subsume ao Código Penal ou ao Código de Trânsito, até porque a sanção, neste caso, é mais elevada (detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor), sem falar das causas de aumento (um terço à metade) específicas para este crime, contidas no parágrafo único do art. 302.

Desse modo, para finalizar o presente trabalho, conclui-se que, havendo crimes de trânsito por embriaguez, devem os aplicadores do direito agir dentro dos princípios norteadores do direito penal, tais quais: princípio da legalidade; princípio da equidade; princípio do devido processo legal, princípio da ampla defesa e do contraditório e o princípio da especialidade, visando assim, a consecução de um julgamento justo e equânime.

Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. **ABNT NBR 10.697: Pesquisa de acidentes de trânsito – terminologia**. Rio de Janeiro: ABNT, 1989.

ALMEIDA, Corália Thalita Viana. **Memória, mídia e pensamento criminológico: enfoque em casos brasileiros (1988- 2016)**. / Corália Thalita Viana Almeida, 2017.

Orientador (a): Profa. Dra. Livia Diana Rocha Magalhães. Vitória da Conquista, 2017. 324f.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 24 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm. Acesso em: 02 fev. 2021.

_____. **Lei Nº 13.546, de 19 de dezembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13546.htm#art3. Acesso em: 01 fev. 2021.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância de Doenças e Agravos Não Transmissíveis e Promoção da Saúde. **Viva: Vigilância de Violências e Acidentes: 2013 e 2014**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

CALLEGARO, Henrique Dorneles. (2012). O Reconhecimento Do Dolo Eventual Nos Crimes Cometidos Na Direção De Veículo Automotor. 47 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – UNIJUÍ: Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Volume 1, Parte Geral: (arts. 1º a 120)**. 15.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Em dez anos, acidentes de trânsito consomem quase R\$ 3 bilhões do SUS**. Portal Médico: 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28254:2019-05-22-21-49-04&catid=3. Acesso em 26 de maio de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

DENATRAN. **Pare, Pense, Mude: Parada Pacto Nacional Pela Redução de Acidentes**. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm. Acesso em: 29 jan. 2021.

G1. **Mortes em estradas federais no carnaval de 2020 sobem 8%, diz PRF.** 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/carros/noticia/2020/02/27/mortes-eme-estradas-federais-no-carnaval-de-2020-sobem-8percent-diz-prf.ghtml>. Acesso em: 26 jan. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 18.^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista. **Direito Penal: Parte Geral.** v. 1. 30. São Paulo, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Penal Parte Especial Esquematizado.** 12^a Edição. 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini.; DE BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MITIDIERO, Nei Pires. **Crimes de trânsito e circulação de trânsito: comentários à parte penal do CTB.** São Paulo: Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** 7.^a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório global sobre o estado da segurança viária – 2015.** Disponível em: http://www.who.int/violence_injury_prevention/road. Acesso em: 21 jan. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial.** 18^a Edição. Editora Forense, 2019.

PREVIDELLI, A. **As 20 doenças que mais matam no Brasil | EXAME.** REVISTA EXAME, 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral.** 6. Ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SENADO FEDERAL. **Explosão de motos e mortes.** Revista de audiências públicas do Senado Federal, 2012.

SILVA, Pedro Henrique Viana. **Dolo eventual e culpa consciente: conceitos e distinções.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/dolo-eventual-e-culpa-consciente-conceitos-e-distincoes/>. Acesso em: 25 jan. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC: 155182 SP - SÃO PAULO 0068551-16.2018.1.00.0000.** Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/04/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-169 05-08-2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. **Habeas Corpus: HC 301.295/SP.** Rel. Min. Sebastião Reis Junior. Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 13/05/2015., DJe 13/05/2015.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG – **Bem. Infring. e de Nulidade 1.0481.12.007005-9/002.** Relator (a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 24/06/2014, publicação da súmula em 03/07/2014.

Tribunal de Justiça do Paraná - TJPR. **Recurso em Sentido Estrito: RSE 1684533-7 Ipiranga.** Relator: Desembargador Macedo Pacheco. DJ: 12/04/2018. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12516488/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1684533-7>. Acesso em: 23 jan. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PEIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Volume I, Parte Geral.** – 10. Ed. ver., atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

i Graduado em Direito pela Universidade Camilo Castelo Branco (2008). Especialização em Direito Penal e Processo penal com Capacitação para o Ensino no Magistério Superior pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (2014). Professor do curso de Direito da Universidade Brasil – Campus Fernandópolis. E-mail: gustavo.baldan@hotmail.com